UNIVERSITÉ DE TOULOUSE — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI DE CONTRIBUTION A LA THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ACTE DÉCLARATIF

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 10 avril 1948

PAR

Roger MERLE

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE
ET DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT (1er PRIX 1943)
LAURÉAT DE LA CONFÉRENCE DES AVOCATS STAGIAIRES
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

JURY { MM. HÉBRAUD, professeur, *Président.*
MAURY, doyen } *Suffragants.*
MARTY, professeur }

OUVRAGE PUBLIÉ AVEC LE CONCOURS DU C. N. R. S.

ÉDITIONS ROUSSEAU ET Cie
14, Rue Soufflot, PARIS (Ve)

1948

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548920_0029

ESSAI DE CONTRIBUTION A LA THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ACTE DÉCLARATIF

PERSONNEL DE LA FACULTÉ

HONORARIAT

MM.	CÉZAR-BRU C ✻ . . .	Doyen honoraire, Chargé du cours de procédure civile.
	GHEUSI O ✻	Professeur honoraire, Recteur honoraire de l'académie de Toulouse.
	MAGNOL O ✻	Doyen honoraire, Chargé du cours de droit criminel.
	MESTRE Ch. ✻.. . . .	Professeur honoraire.
	JAMES.	Professeur honoraire, Professeur à la Faculté de droit de Paris.
	CLAVELIER.	Secrétaire honoraire.

PROFESSEURS - AGRÉGÉS - CHARGÉS DE COURS

MM.	MAURY Ch. ✻.	Professeur de législation comparée, Doyen.
	HAURIOU Ch. ✻. . .	Professeur de droit constitutionnel, Conseiller de la République.
	BOYER Ch. ✻	Professeur de droit romain, Assesseur du Doyen.
	GABOLDE Ch. ✻. . .	Professeur de droit commercial.
	MARTY.	Professeur de droit civil.
	BYE.	Professeur de législation française des Finances et sciences financières, chargé de cours à la faculté de Droit de Paris.
	HÉBRAUD	Professeur de droit civil.
	COUZINET.	Professeur de droit administratif.
	RAYNAUD	Professeur de droit civil, en mission à l'École française de Droit du Caire.
	OURLIAC	Professeur de droit romain, chargé du cours d'histoire du droit.
	DAUVILLIER	Professeur d'économie politique, chargé d'un cours de droit romain.
	VEDEL.	Professeur de droit international public, chargé du cours de droit constitutionnel.
	VIGREUX.	Professeur d'économie politique.
	CLUSEAU.	Professeur de droit colonial, chargé d'un cours d'économie politique.
	BRIMO.	Agrégé, chargé du cours de droit international public.
	BARRÈRE	Agrégé, chargé du cours de législation française des finances et science financière.
	HÉRAUD.	Chargé de cours (législation coloniale).
	LAPORTE.	Secrétaire des Facultés de Droit et des Lettres.

Président de la Thèse. . . . . M. HÉBRAUD.
Suffragants . . . . . MM. MAURY.
MARTY

La Faculté n'entend pas approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

UNIVERSITÉ DE TOULOUSE — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI DE CONTRIBUTION A LA THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ACTE DÉCLARATIF

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 10 avril 1948

PAR

Roger MERLE

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE
ET DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT (1er PRIX 1943)
LAURÉAT DE LA CONFÉRENCE DES AVOCATS STAGIAIRES
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

JURY { MM. HÉBRAUD, professeur, *Président.*
MAURY, doyen
MARTY, professeur } *Suffragants.*

OUVRAGE PUBLIÉ AVEC LE CONCOURS DU C. N. R. S.

ÉDITIONS ROUSSEAU ET Cie
14, Rue Soufflot, PARIS (Ve)

1948

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

A LA MÉMOIRE DU BATONNIER CHARLES *ARNAL*

INTRODUCTION

VUE GÉNÉRALE DU PROBLÈME

I

1. Ce n'est qu'à une époque relativement récente que la doctrine s'est préoccupée de dégager la notion d'acte déclaratif en confrontant les unes avec les autres ses applications principales [1]. La qualification elle-même d' « acte déclaratif » n'est apparue qu'assez tard dans la langue juridique : c'est seulement au XVII^e^ et au XVIII^e^ siècle que l'on a commencé à employer ce terme pour justifier certains résultats imposés depuis longtemps par des nécessités pratiques d'ordre civil et d'ordre fiscal.

Primitivement, en effet, il s'est agi essentiellement de soustraire certains actes juridiques, — le partage, la transaction et les retraits —, au régime juridique des actes translatifs dont ils possédaient toute l'apparence : les inconvénients de la notion romaine du partage translatif devinrent particulièrement sensibles au XVI^e^ siècle lorsque la pratique des hypothèques se développa; pour éviter sur les biens de chaque alloti toute trace des hypothèques antérieurement consenties par les non attributaires, il parut utile d'écarter entre les copartageants les conséquences normales du lien d'ayant-cause à auteur; à cette considération d'ordre purement civil vint s'ajouter le désir de faire échapper le partage avec soulte et la licitation aux droits de lods et ventes. En ce qui concerne la transaction, certains auteurs, d'Argentré en particulier, jugèrent conforme à l'équité et à la logique d'écarter les conséquences fâcheuses du concept de mutation, telles que la garantie entre contractants, la possibilité de retrait féodal ou de retrait litigieux, la rescision pour

1. Desserteaux, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif*. Thèse, Dijon, 1908; Chevallier, *De l'effet déclaratif des conventions et des contrats*. Thèse, Rennes, 1932; Mouras, *L'action du droit fiscal sur l'effet déclaratif*. Thèse, Nancy, 1939; Voirin, *Cours de droit civil français* de Ch. Beudant, par Robert Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, t. IV, *Les biens*, p. 702 et suiv.; Boyer, *La notion de transaction, Essai de contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*. Thèse, Toulouse, 1947.

lésion d'outre moitié, les droits de lods et ventes, le droit de quint. Enfin pour les retraits, il parut plus pratique de relier directement la propriété du retrayant à celle du cédant.

Pour justifier ces divers résultats la doctrine s'est contentée de montrer comment chacun des actes en question ne comportait pas de mutation de propriété et mit en lumière la préexistence des divers droits qui en formaient l'objet. Au XVII^e et au XVIII^e siècles certains auteurs, sans rien ajouter au contenu de cette analyse, la couronnèrent en employant l'expression d'effet déclaratif [1].

Ainsi, l'acte déclaratif dans l'ancien droit apparaissait-il comme celui qui ne comporte pas de mutation de propriété et qui concerne un droit préexistant. Ces deux caractères servaient de fondement à l'effet rétroactif qui était bien souvent (partage et retrait) le principal intérêt du concept d'effet déclaratif.

2. Ce concept embryonnaire devait subir, sous l'influence des rigoureux exégètes du XIX^e siècle, une notable transformation, peut-être même une transfiguration.

Au début du XIX^e siècle les inconvénients de la rétroactivité du partage commencèrent à se faire sentir; les tiers protestèrent contre l'anéantissement des actes juridiques qu'on leur avait consentis pendant l'indivision. Dès lors un nouveau travail doctrinal eut pour résultat de frapper de doute le caractère déclaratif du partage. Le mot « déclaratif » impliquait une idée de révélation ou de constatation de droit préexistant que l'on ne retrouvait pas dans le partage qui a plutôt pour conséquence essentielle de transformer une indivision en une série de propriétés privatives; tandis que certains actes juridiques, au contraire, comme le jugement, répondaient davantage à ce que suggérait la terminologie employée. Aussi est-ce en comparant le partage avec un jugement qu'Aubry et Rau soulignèrent le caractère équivoque de la notion de partage déclaratif : « Le partage, disaient-ils, n'est ni simplement déclaratif comme un jugement, ni translatif comme une vente » [2].

Dès lors il semble que la plupart des auteurs eurent tendance à prendre, consciemment ou inconsciemment, comme critère de l'acte déclaratif, des actes juridiques qui présentaient à la fois cette absence complète d'effet translatif ou constitutif que l'on mettait déjà en valeur dans l'ancien droit et cet élément

1. Pothier en particulier. Cf. Chevallier, *op. cit.*, p. 83 et suiv.
2. Aubry et Rau, t. X, p. 189, note 1.

*

révélateur d'un droit préexistant qu'impliquait le terme même d'effet « déclaratif » : les actes de reconnaissance.

C'est ainsi qu'au XIX^e siècle la notion d'acte déclaratif a été en quelque sorte reconstruite autour du concept d'acte récognitif qui est rapidement devenu l'acte-témoin.

3. Ce mouvement d'idées devait amener une distinction importante entre deux catégories d'actes déclaratifs : les actes déclaratifs par nature et les actes déclaratifs par détermination de la loi[1] : les actes déclaratifs par nature étant ceux qui répondent aux données rationnelles de la notion d'effet déclaratif; les actes déclaratifs par détermination de la loi étant ceux qui, tout en ne correspondant pas rationnellement à la notion d'effet déclaratif, sont traités comme tels par le législateur et par la tradition.

Sans doute la notion d'acte déclaratif par nature est-elle demeurée pendant tout le XIX^e siècle empirique et intuitive; mais la remarquable systématisation qu'en ont faite certains auteurs contemporains est une traduction fidèle de la conception qui s'est, clairement ou confusément, imposée aux juristes du siècle précédent.

L'acte déclaratif véritable se définit successivement par ses deux aspects, positif et négatif : « Un acte n'est déclaratif », écrit M. Voirin, « qu'autant qu'il est fait spécialement dans le dessein de *révéler* un droit latent antérieur »[2]. D'autres auteurs précisent que le rôle de l'acte déclaratif « est comparable à celui d'un révélateur qui, sur une plaque photographique obscure fait apparaître l'image encore invisible, mais déjà imprimée »[3]. Mais sa fonction se limite essentiellement à cette révélation d'un droit préexistant; il n'ajoute ni ne retranche rien à la structure de ce droit : « L'acte déclaratif », souligne M. Chevallier, « est celui qui se réfère à une situation antérieure dont il ne modifie pas les éléments. Il ne crée rien, il ne transfère rien, il a seulement pour but de constater une situation antérieure »[4].

1. Cf. Capitant, *Vocabulaire juridique*. V°. *Acte déclaratif*; Voirin, *Cours de droit civil français* de Ch. Beudant, publié par Robert Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière, t. IV, *Les biens*, p. 702 et suiv.; spéc. n° 643.

2. Voirin, *op. cit.*, p. 703 et suiv.

3. L. Mazeaud, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*. Rev. Trim., 1929, p. 31; H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de responsabilité civile*, t. III, n° 2.258.

M. L. Mazeaud emploie cette comparaison seulement à propos du jugement déclaratif; mais elle a depuis fait fortune et on l'utilise couramment pour préciser la notion générale de l'acte déclaratif.

4. Chevallier, *op. cit.*, p. 17, cf. p. 5. Cf. en ce sens : Capitant, *op. cit.*; Mouras, *op. cit.*, p. 30, n° 16.

Muni de cette définition il est facile de déterminer les principaux actes déclaratifs par nature : « Les actes récognitifs sont le type le plus net de l'acte déclaratif »[1]; ce sont ensuite tous les actes qui de près ou de loin procèdent de la technique de l'acte récognitif : les reconnaissances d'enfant naturel, les jugements dits déclaratifs, et, dans le domaine législatif, les lois interprétatives qui ont simplement pour but de préciser et d'éclairer le sens d'un texte antérieur.

Les conséquences pratiques de cette analyse sont évidentes : du moment que l'acte déclaratif se borne à constater un droit préexistant, il est tout à fait normal qu'il rétroagisse jusqu'au jour de la naissance du droit. Alors que partout ailleurs la rétroactivité d'un acte ou d'un fait juridique apparaît comme une fiction parce qu'elle consacre la création rétroactive d'un droit ou d'une situation juridique qui ne sont nés en réalité qu'à une date postérieure, elle est ici fondée sur la nature des choses.

En vertu de cette analyse, il n'est pas exagéré de dire que l'acte déclaratif est rapidement apparu comme le type naturel de l'acte rétroactif, si bien que dans l'esprit de beaucoup d'auteurs les termes « d'effet déclaratif » et d' « effet rétroactif » sont devenus synonymes, l'un étant très souvent employé à la place de l'autre[2].

4. Par un curieux phénomène les actes juridiques qui dans l'ancien droit avaient été à l'origine du concept d'acte déclaratif sont ceux dont l'effet déclaratif a été le plus contesté dans le droit moderne.

On enseigne aujourd'hui — et l'on pensait déjà au XIX^e^ siècle — que « bien peu d'actes tiennent de la nature des choses, le caractère déclaratif qui leur est généralement reconnu; une part plus ou moins considérable d'artifice entre dans leur qualification »[3], ces allusions concernent tous les actes qui, tout en ne comportant pas véritablement de mutation ou de constitution de droits, entraînent une modification de la situation préexistante.

Le partage et la transaction sont du nombre.

Le partage répond difficilement à la définition classique : il faut faire un assez laborieux effort pour déceler dans son mécanisme la constatation d'un droit préexistant; il y a probablement des droits préexistants mais ils sont transformés : droits indivis, ils deviennent droits privatifs.

1. Cf. Voirin, *op. cit.*, p. 705.
2. Voirin, *op. cit.*, p. 705.
3. Voirin, *op. cit.*, p. 704-705.

Dès lors, l'effet rétroactif de cet acte apparaît moins naturel que celui des actes de pure reconnaissance; il oblige à faire abstraction de la période d'indivision, pourtant réelle : cet effacement rétroactif de l'indivision ne peut s'opérer qu'au prix d'une fiction.

Quant à la transaction, elle ne répond pas non plus à la définition classique : « les parties qui transigent ne se livrent pas, comme le ferait le juge, à une recherche juridique, elles font un marché. Par suite, chacune tient à la fois d'elle-même et de l'autre partie le droit reconnu : d'elle-même, puisqu'elle en a toujours affirmé l'existence, de l'autre partie, en ce sens que celle-ci renonce à invoquer la prétention qu'elle pourrait émettre sur le droit. De sorte que comme le partage, la transaction transforme dans une certaine mesure les droits qu'elle déclare »[1].

Ces actes sont cependant déclaratifs par la volonté du législateur qui, pour des raisons diverses, nous impose de considérer comme préexistant l'état de droit qu'ils instaurent[2]. Mais, puisqu'il y a une fiction, il faudra en pratique s'efforcer d'en limiter l'application à son but précis.

5. Tels étaient les traits principaux de la théorie classique à la fin du XIX^e siècle. Elle possédait déjà la physionomie que nous lui connaissons aujourd'hui. Néanmoins toutes ses conséquences logiques n'avaient pas encore été tirées : il restait encore beaucoup à dire précisément sur les actes déclaratifs par détermination de la loi, le partage et la transaction.

Les motifs pour lesquels les juristes du XIX^e siècle avaient réservé un accueil assez favorable à la fiction de déclarativité étaient de deux sortes : exégètes scrupuleux, ces auteurs avaient vu dans l'article 883 et dans certains textes relatifs à la transaction l'expression de deux fictions légales; par ailleurs ces fictions légales, compte tenu de l'interprétation restrictive à laquelle elles étaient soumises, leur paraissaient justifiées par une utilité certaine : la fiction de déclarativité du partage sanctionnait l'inorganisation de l'indivision; la fiction de déclarativité de la transaction réglait clairement et équitablement les rapports des parties entre elles.

Mais cette utilité de la fiction s'est brusquement trouvée contredite à la fin du siècle dernier : l'importance considérable prise par l'indivision dans le droit moderne a fait surgir le pro-

1. Voirin, *op. cit.*, p. 706; Champeaux, *Étude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit*. Thèse, Strasbourg, 1931, p. 239-241.
2. Mouras, *op. cit.*, n° 16, p. 30.

blème de son organisation; mais cette organisation a paru impossible à réaliser tant que l'effet rétroactif du partage rendrait vaine toute tentative de consolidation de la masse indivise; d'autre part, les inconvénients de l'application entre les parties du caractère déclaratif de la transaction s'avérèrent à l'usage plus nombreux que ses avantages. La fiction n'avait plus sa raison d'être. Certains auteurs entreprirent alors de faire tomber de la théorie des actes déclaratifs les rameaux desséchés et artificiels de la fiction.

M. Chevallier, dans une démonstration saisissante, s'attacha à mettre en lumière l'incompatibilité radicale des concepts d'acte déclaratif et d'acte conventionnel : la convention modifie essentiellement l'état de droit antérieur, tandis que l'acte déclaratif se borne à le constater. Un « contrat déclaratif » est donc logiquement inconcevable [1]. Le législateur n'a d'ailleurs pas méconnu cette antinomie : à propos du partage il se borne à décrire un procédé technique qui est en parfaite harmonie avec la nature « attributive » de cet acte et qui, en soi, n'est pas incompatible avec une organisation possible de l'indivision; en ce qui concerne la transaction toutes ses prescriptions sont très conciliables avec la nature translative de l'accord des parties.

II

6. Modelée et affinée par la contribution originale de trois générations de juristes la théorie classique de l'acte déclaratif paraît être aujourd'hui très complètement élaborée. Harmonieuse et vigoureuse cette conception présente aux yeux de ses partisans des mérites considérables : soigneusement réduite à la reconnaissance des droits antérieurs elle aurait une valeur dogmatique et une valeur pratique très satisfaisante; par ailleurs la révélation de l'incompatibilité des notions de convention et d'acte déclaratif aurait en elle-même la vertu de faire disparaître toutes les difficultés engendrées par l'application traditionnelle et inopportune de la théorie déclarative au partage et à la transaction.

Il suffit cependant de parcourir les ouvrages de doctrine les plus récents, ou de lire attentivement les recueils de jurisprudence pour s'apercevoir que ces affirmations sont loin d'avoir un écho dans la réalité juridique quotidienne du Palais ou dans

1. Chevallier, *op. cit.* et *loc. cit.*

les méditations de l'École. Comme par le passé les actes déclaratifs — ou prétendus tels par la tradition — sont parmi ceux dont le fonctionnement donne le plus de mal aux praticiens et dont la nature pose le plus d'énigmes aux théoriciens.

La définition de l'acte déclaratif est vivement controversée; et il est particulièrement remarquable que les controverses se soient organisées autour de la définition classique que l'on trouve tour à tour trop large ou trop étroite.

Certains auteurs contestent le caractère déclaratif de la reconnaissance d'enfant naturel et du dépôt de marque de fabrique; ils enseignent que ces actes sont constitutifs de droits nouveaux [1]. Le caractère strictement déclaratif des jugements dits déclaratifs est lui-même mis en doute [2]. Enfin certains juristes particulièrement hardis, s'exprimant sur un terrain plus général, entendent réduire le concept d'acte déclaratif à la stricte notion de l'aveu [3].

D'autres théoriciens au contraire, beaucoup plus nombreux, trouvent la définition classique singulièrement étroite : quelques auteurs se demandent s'il existe des jugements réellement constitutifs et si tous les jugements ne sont pas déclaratifs [4]. Fait plus remarquable encore, la notion du partage déclaratif paraît connaître depuis quelques années un regain de faveur [5]. Enfin, même après la remarquable mise au point de M. Chevallier, l'accord des interprètes n'est pas réalisé sur la nature de la transaction; la doctrine de son effet déclaratif que l'on aurait pu croire à jamais oubliée a été récemment et brillamment restaurée [6].

Il n'est cependant pas moins significatif que ce mouvement

1. Furno, *Osservazioni in tema di riconoscimento della prole naturale*, *Rivista di diritto civile*, 1939, II, p. 174 et suiv.; Cicu, *La filiazione*, Milan, 1927; Invrea, *Il carattera costitutivo del deposito del marchio*, *Riv. del diritto commerciale*, 1932, p. 251.

2. L. Mazeaud, article précité, p. 20.

3. Voir les auteurs cités par M. Stolfi, *Natura giuridica del negozio d'accertamento*, *Riv. di diritto processuale civile*, 1933.I., p. 132 et suiv. et Cosattini, *Il riconoscimento del figlio naturale*, p. 95 et suiv.

4. Montagne, *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements*. Thèse, Paris, 1912; Esmein, *Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*. Thèse, Paris, 1914; Weil, *L'effet déclaratif des jugements*. Thèse, Dijon, 1926.

5. Vialleton, *Regards sur quelques problèmes d'organisation successorale*, *Annuario di diritto comparato*, 1938, vol. XIII, partie I, p. 296 et suiv.; Hébraud, *La copropriété par appartements*, *Rev. trim. de droit civil*, 1938, p. 63; Batiffol, note au S. 1938.I.377; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, éd. 1948, nº 3.124; Boyer, *op. cit.*

6. Boyer, thèse précitée.

PREMIÈRE PARTIE

LES APPLICATIONS TRADITIONNELLES DU CONCEPT D'ACTE DÉCLARATIF

Un dénombrement superficiel des principaux actes déclaratifs — ou prétendus tels — fait apparaître entre ces divers actes les éléments d'une classification formelle exactement identique à la classification des autres actes juridiques. Il existe des actes déclaratifs unilatéraux (actes récognitifs, reconnaissances d'enfants naturels, retraits, dépôts de marque de fabrique) et des actes déclaratifs bilatéraux ou plurilatéraux (transaction, partage); seuls les jugements sont difficiles à assimiler à l'une ou à l'autre de ces catégories et occupent une place singulière, entre les actes unilatéraux et les actes bilatéraux.

C'est à l'intérieur de cette classification suggérée par l'observation la plus élémentaire que nous étudierons chaque acte déclaratif. Ce plan commode nous permettra d'aborder l'étude de l'acte déclaratif en partant de sa forme et de sa technique les plus simples pour nous élever peu à peu jusqu'à l'extrême complication de sa structure.

LIVRE I

LES ACTES DÉCLARATIFS UNILATÉRAUX

CHAPITRE I

LES ACTES RÉCOGNITIFS

9. Nous avons précisé dans notre introduction générale comment aux yeux des auteurs classiques « les actes récognitifs sont le type le plus net de l'acte déclaratif »[1]. On ne saurait donc s'étonner de nous voir aborder l'étude analytique de la notion d'effet déclaratif par l'examen de cette catégorie particulière d'actes juridiques. On pourrait cependant se montrer surpris de l'importance — toute relative — des développements que nous nous disposons à leur consacrer : entreprendre de vérifier le caractère déclaratif des actes récognitifs, n'est-ce pas perdre son temps à souligner une évidence tellement éclatante qu'elle se passe de démonstration? L'acte récognitif n'est-il pas véritablement celui qui constate un droit préexistant sans le modifier? Aussi, ne serions-nous pas mieux inspirés en imitant la plupart des spécialistes de la théorie des actes déclaratifs qui se contentent de souligner que les actes récognitifs ne soulèvent aucune difficulté d'ordre pratique ou d'ordre théorique? [2].

Nous borner à une telle attitude serait, en réalité, nous exposer à traiter par prétérition une notion dont, contrairement aux apparences, les contours sont mal précisés et les effets mal définis. Que faut-il entendre au juste par « acte récognitif »? Voilà une question essentielle à laquelle la doctrine française est loin de répondre d'une manière satisfaisante. D'autre part, l'applica-

1. Voirin, *Cours de droit civil* de Ch. Beudant, par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, t. IV, *Les biens*, nº 643. Cf. ég. en ce sens : Desserteaux : *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif*, p. xv ; Montagne, *De l'effet déclaratif des jugements*. Thèse, Paris, 1912, spéc. p. 64.

2. Cf. Desserteaux, *op. cit.*, p. xv.

tion habituelle à l'acte récognitif de la formule classique [1], selon laquelle cet acte constate un droit sans le modifier ou sans rien lui apporter de nouveau, se révèle à l'examen, nous le verrons, d'une exactitude douteuse; enfin, la rétroactivité que l'on déduit logiquement de la nature déclarative de l'acte récognitif est elle-même souvent contestable et difficilement admissible.

Il n'est donc pas inutile — sinon d'envisager à fond la notion d'acte récognitif [2], une telle entreprise mériterait, à elle seule, de faire l'objet d'une véritable thèse — du moins d'essayer de préciser quelques-uns des problèmes qu'elle pose.

SECTION I

LA NATURE DÉCLARATIVE DE L'ACTE RÉCOGNITIF

10. Il est indispensable, avant d'étudier la nature et les effets de l'acte récognitif, de préciser les divers éléments qui peuvent contribuer à définir cette notion [3].

A cet égard, il paraît opportun de se placer tour à tour à un point de vue abstrait et à un point de vue concret.

D'un point de vue purement abstrait, l'acte récognitif doit se définir comme l'acte juridique unilatéral qui a pour but et pour résultat, d'établir l'existence antérieure d'un droit ou d'une obligation. Mais des distinctions doivent être faites lorsque l'on cherche à déterminer concrètement le moule juridique dans lequel vient se couler l'acte récognitif. On constate, en effet,

1. Pour ce qui concerne les origines et la description de la définition classique de l'acte déclaratif, voir notre introduction générale, *supra*, nos 1 et suiv.

2. Seul nous intéresse ici le problème de la nature déclarative de l'acte récognitif et sa justification.

3. La doctrine française s'est peu souciée d'élaborer une théorie générale de l'acte récognitif. Les auteurs se bornent habituellement à de brefs commentaires des articles 1337 et suiv. du Code civ. Cf. Aubry et Rau, t. XII, p. 281; Demolombe, t. VI, nos 702 et suiv.; Planiol, Ripert et Boulanger, t. II, nos 2225 et suiv.; Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 426, 551, 558, 752, 724.

La doctrine italienne s'est davantage efforcée de préciser ce concept. Cf. Gino Segré, *Ricognizione, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico*, *Rivista dir. civ.*, 1926, p. 417 et suiv.; Candian, *Documento e negozio giuridico*, Parme, 1925; Carnelutti, *Documento e negozio giuridico*, *Riv. dir. proc.civ*, 1926, p. 181 et suiv.; Stolfi, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1933. I. p. 132 et suiv.; Carnelutti, *Confessione e ricognizione*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1942.I., p. 235.

que tantôt l'acte récognitif établit indirectement l'existence d'un droit ou d'une obligation, en ce sens qu'il a surtout pour objet de reproduire matériellement la preuve antérieure de ce droit ou de cette obligation : on se trouve alors en présence d'un « titre nouvel » dont la caractéristique essentielle réside dans le fait qu'il est la réplique d'un titre primordial. C'est davantage un acte récognitif de la preuve qu'un acte récognitif du droit, un *instrumentum* qu'un acte juridique véritable : la doctrine italienne traduit cette nuance en qualifiant le « titre nouvel » de *documento*, par opposition au *negozio* [1]. C'est à cette catégorie particulière d'acte récognitif que fait principalement allusion le Code au chapitre de la preuve des obligations, dans l'article 1337. Aussi a-t-on, coutume de donner au « titre nouvel » la qualification d'acte récognitif *stricto sensu* [2].

Tantôt au contraire, l'acte récognitif établit directement l'existence d'un droit, indépendamment de toute référence à la preuve antérieure de ce droit. On se trouve alors en présence d'un aveu ou d'une reconnaissance de dette. Il s'agit d'une reconnaissance *lato sensu*.

Il n'y a pas que des intérêts théoriques à distinguer le « titre nouvel » et la reconnaissance : les diverses manifestations de la reconnaissance unilatérale d'un droit ne produisent pas toutes en droit positif les mêmes effets.

Aussi devons-nous conserver présentes à l'esprit les distinctions que nous venons de faire, dans l'étude des effets généraux et de la nature de l'acte récognitif.

§ 1.

LES EFFETS DE L'ACTE RÉCOGNITIF

L'acte récognitif a, par définition même, un rôle essentiellement probatoire. Il n'est cependant pas complètement dépourvu d'effets sur le fond du droit. Aussi envisagerons-nous séparément les deux séries de conséquences juridiques qu'il est susceptible d'entraîner.

1. Candian, *Documento e negozio giuridico*; Carnelutti, *Documento e negozio giuridico, Riv. dir. proc. civ.*, 1926, p. 181 et suiv.; Segré, *Ricognizione, riproduzione e rinnovazione del negozio giuridico, Riv. dir. civ.*, 1926, p. 417 et suiv.
2. Aubry et Rau, t. XII, p. 281, texte et note 1; Voirin, *op. cit.*, nº 643.

I. — *Les effets de l'acte récognitif sur le terrain de la preuve.*

11. Lorsqu'on cherche à préciser le rôle probatoire de l'acte récognitif, on se heurte immédiatement à la distinction faite plus haut entre le « titre nouvel » et l'aveu.

a) Le « titre nouvel » est l'acte « par lequel une personne en reconnaissant au profit d'une autre personne l'existence de droits réels ou personnels déjà constatés par un titre antérieur, manifeste l'intention de se soumettre pour l'avenir comme par le passé, à l'exercice de ces droits et à l'accomplissement des obligations qui y sont corrélatives » [1]. Il a pour but de faciliter la preuve d'un droit lorsque le titulaire de ce droit a perdu le titre primordial qui en établissait l'existence ou lorsqu'il a quelque raison de redouter sa perte dans l'avenir. Les garanties qu'il apporte au créancier ou au possesseur sont donc, en principe, de la même nature que celles que lui confère le titre primordial.

Mais, en fait, le Code affaiblit la portée réelle du « titre nouvel » par une disposition extrêmement contestable : l'article 1337, 1er alinéa, stipule, en effet, que « les actes récognitifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial ». Ceci aboutit à enlever à l'acte récognitif, toute force probante propre : le débiteur peut exiger que le créancier produise l'acte primordial [2]. Le Code apporte cependant des dérogations à cette règle de principe, dans trois hypothèses : lorsque la teneur du titre primordial est spécialement relatée dans le « titre nouvel » (art. 1337, § 1), lorsque le titulaire du droit peut invoquer plusieurs reconnaissances conformes soutenues par la possession et dont l'une a trente ans de date (art. 1337, § 3), et enfin lorsque l'acte récognitif concerne une servitude insusceptible d'être acquise par la prescription (art. 695 cc.) [3].

La règle de droit commun posée par l'article 1337 a été vivement critiquée et à juste titre [4]. Elle a pour principal intérêt de permettre la comparaison entre le « titre nouvel » et le titre primordial en vue de faire respecter la règle traditionnelle selon laquelle le « titre nouvel » ne doit rien ajouter ni rien retrancher

1. Aubry et Rau, t. XII, p. 281.

2. On peut alors se demander quelle est l'utilité du titre nouvel. Nous verrons plus loin qu'elle est cependant très réelle, dans la mesure où le titre nouvel a la vertu d'interrompre la prescription.

3. Civ. 29 janv. 1913, D. P. 1914.II.152.

4. Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 282, note 5; Planiol, Ripert et Esmein, t. VII, nº 1502; Demolombe, t. VI, nº 702. Sur les origines de la règle, voir Pothier, *Traité des obligations*, nº 777.

aux droits et aux obligations décrites dans l'acte primordial. Mais si l'on réfléchit tant soit peu, on s'aperçoit qu'une application littérale de la disposition de l'article 1337 aboutirait à réduire à néant l'utilité du « titre nouvel » lorsque le titre primordial a été perdu par le créancier ou le titulaire du droit réel : aussi la logique la plus élémentaire conduit-elle à considérer que dans ces conditions, le « titre nouvel » perd ses caractères juridiques habituels et dégénère en aveu écrit auquel il emprunte sa force probante originale.

b) Lorsque l'acte récognitif ne fait pas allusion à l'existence antérieure d'un acte primordial, on se trouve en présence d'un aveu ou d'une reconnaissance. Le départ entre l'aveu et la reconnaissance proprement dite est difficile à faire parce que ces deux concepts ont le même contenu; seules des nuances les séparent. La discrimination n'est cependant pas impossible à faire : l'aveu a plutôt un caractère accidentel, tandis que la reconnaissance a un caractère spontané; « le nom d'aveu, écrit M. Esmein, est réservé aux déclarations accidentelles, faites après coup, par lesquelles une partie laisse échapper la reconnaissance du fait ou de l'acte qu'on lui oppose [1] ». Au contraire, il conviendrait, semble-t-il, de réserver le nom de reconnaissance à la déclaration spontanément signée et rédigée par une personne qui se dit liée vis-à-vis d'une autre.

La force probante de ces actes est plus considérable que celle du « titre nouvel ». Il nous suffira de la rappeler d'un mot : l'aveu judiciaire est considéré traditionnellement comme la *probatio probatissima*. Il fait pleine foi de l'existence du droit et il s'impose au juge avec toute la force d'une présomption légale.

L'aveu extra-judiciaire et la reconnaissance de dette n'ont pas la même valeur : ils ne lient pas le juge qui jouit à leur égard d'une plus grande liberté d'appréciation et qui peut les considérer comme un simple commencement de preuve par écrit permettant la preuve testimoniale [2].

Les différentes hypothèses dont nous venons de rappeler succinctement les traits caractéristiques nous ont mis en présence du rôle ordinaire de l'acte récognitif : c'est sur le terrain de la preuve qu'il produit principalement ses effets. Il établit l'existence d'un droit en mettant directement en lumière un fait matériel.

1. Cf. Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. VII, *Les obligations*, par MM. Esmein, Radouant et Gabolde, 2e partie, nº 1563, p. 909.
2. Cf. Aubry et Rau, t. XII, p. 282 et suiv.

Mais l'acte récognitif produit aussi, ou peut produire, des effets sur le fond du droit.

2. — *Les effets de l'acte récognitif sur le terrain du fond du droit.*

12. L'acte récognitif peut entraîner deux effets caractéristiques dont l'un est permanent et l'autre accidentel :

— il rajeunit et protège le droit en interrompant la prescription;

— il peut, dans certains cas, mettre le droit à l'abri de toute contestation dans l'avenir en le rendant abstrait.

a) Tous les actes récognitifs — quelle que soit leur forme (« titre nouvel » ou reconnaissance *lato sensu*) — ont pour résultat d'interrompre la prescription en cours qui faisait peser sur le droit du créancier ou du possesseur une menace de disparition ou d'inefficacité (art 2248 cc.). Parfois même la loi provoque directement cette interruption de la prescription en contraignant le débiteur à signer une reconnaissance ou un « titre nouvel » : c'est ainsi que l'article 2263 du Code civil permet au crédirentier d'exiger au bout de vingt-huit ans un « titre nouvel » de son débiteur.

On fait, d'autre part, généralement remarquer que l'acte récognitif a non seulement la vertu d'interrompre la prescription en cours, mais encore qu'il peut changer les conditions de la possession : ainsi, si le possesseur avait droit, avant la signature de l'acte récognitif, à la prescription abrégée, il n'aura plus droit qu'à la prescription trentenaire après la réalisation de l'acte récognitif car il ne sera plus de bonne foi[1].

b) L'acte récognitif peut entraîner sur le fond du droit des effets plus considérables encore.

Supposons qu'un droit soit juridiquement incertain, c'est-à-dire qu'en dehors de toute incertitude matérielle relative à la preuve des faits qui établissent son existence, ce droit soit naturellement douteux, en raison de l'incertitude des principes juridiques sur lesquels le fonde son titulaire, ou en raison des graves contestations dont le titre même de la créance ou du droit réel pourrait être l'objet.

Normalement, nous le verrons tout au long de cette étude,

1. Ripert et Boulanger, t. I, p. 1041. Mais l'acte recognitif ne place pas, comme on l'a dit parfois, le possesseur en état de précarité. Il faudrait pour cela qu'il constate que le possesseur détient l'immeuble pour le compte d'autrui; cf. Boulanger, *op.* et *loc. cit.*

*

cette incertitude juridique qui menace ou qui entrave l'efficacité du droit est éliminée définitivement par le moyen d'un jugement ou d'une transaction. Mais elle peut l'être aussi unilatéralement à l'aide d'un reconnaissance de nature très particulière : la reconnaissance abstraite.

La reconnaissance abstraite peut se définir comme l'acte juridique unilatéral qui a pour but de supprimer radicalement toute possibilité de contestation de l'obligation à laquelle son auteur se prétend soumis en rendant cette obligation indépendante de sa cause. Elle confère à un rapport juridique préexistant une présomption de certitude analogue à celle qui résulte d'un jugement. C'est ce qui explique pourquoi une grande partie de la doctrine italienne enseigne qu'il y a entre la reconnaissance et le jugement une « identité fonctionnelle » [1].

Pour la plupart des auteurs italiens, il n'y a de reconnaissance, au sens strict du terme, qu'abstraite, la reconnaissance concrète étant désignée par le même nom que l'aveu [2]. La reconnaissance abstraite est considérée comme la manifestation la plus typique d'une catégorie autonome d'actes juridiques, les actes d'*accertamento*. c'est-à-dire les actes qui ont pour objet de confirmer « des rapports juridiques préexistants mais inefficaces en dissipant l'incertitude qui s'opposait ou risquerait de s'opposer à leur libre fonctionnement » [3].

La reconnaissance abstraite ainsi définie n'est pas seulement rationnellement concevable : elle est admise par le droit positif. On peut même souligner qu'elle constitue, tout au moins sous la forme de la promesse de dette, l'un des rares actes juridiques abstraits dont on s'accorde généralement à constater l'existence en droit français sur le fondement de l'article 1132 du Code civil : elle peut intervenir à la suite d'arrêtés de comptes; on la retrouve à la base de la lettre de change [4].

1. Voir l'article précité de M. Carnelutti, *Documento e negozio giuridico*, spéc. p. 185 et suiv.; Stolfi, *Natura giuridica del negozio d'accertamento*, article précité, p. 134 et suiv.

2. Carnelutti, article précité, p. 185 et suiv.; Carnelutti, *Confessione e ricognizione*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1942.I.235.

3. Voir les articles précités de MM. Stolfi et Carnelutti. Nous aurons l'occasion de rencontrer la théorie italienne de l'*accertamento* tout au long de cette thèse. Nous en résumerons et discuterons les traits caractéristiques dans notre deuxième partie (voir *infra* n° 220).

4. Cf. les très intéressants développements de Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, p. 135 et 136; Planiol, Ripert et Esmein, t. VII, n° 267; Capitant, *La cause dans les obligations*, n°s 165 et suiv.; Duez, *La renaissance de l'acte abstrait*. Thèse, Lille, 1914. Osias, *L'acte abstrait en droit comparé*. Thèse, Paris, 1924, spéc. p. 84 et suiv.

Il est à peine besoin de souligner sa grande utilité : elle renforce l'énergie du droit en le mettant à l'abri de toute contestation.

La description des différents effets, simples ou complexes, que peut produire un acte récognitif nous permet maintenant de dégager sa nature.

§ 2.

LA NATURE DE L'ACTE RÉCOGNITIF

13. L'acte récognitif peut se définir comme l'acte juridique unilatéral qui permet à un droit inefficace ou menacé d'inefficacité de produire complètement ses effets [1]. Il a tantôt une fonction préventive, tantôt une fonction réparatrice, intervenant tour à tour avant que le droit soit rendu inefficace ou lorsqu'il est déjà entravé dans son exercice. Tantôt, il apporte au droit la certitude qui lui manquait, tantôt il renforce son énergie.

Du plus simple jusqu'au plus complexe, chacun de ces divers effets est, en lui-même, assez considérable pour transformer dans une mesure plus ou moins large la situation antérieure. Aussi les formules classiques, selon lesquelles l'acte récognitif — comme tout acte déclaratif dont il est la manifestation la plus pure — se borne à constater un droit préexistant sans le modifier, paraissent-elles singulièrement étroites. Dès lors, on peut se demander si l'acte récognitif est bien déclaratif, à moins que ce ne soit la définition classique de l'acte déclaratif qui fût inexacte ou trop absolue. Il y a, selon nous, les meilleures raisons pour adopter la seconde hypothèse ; il suffit d'abord de remarquer que la notion classique de l'acte déclaratif a été reconstruite au XIX^e^ siècle à partir de la notion d'acte récognitif dont la plupart des auteurs n'avaient qu'une idée toute intuitive et superficielle... [2] Aussi serait-il logique que la rectification du concept d'acte récognitif à la suite de l'observation du droit positif ait pour répercussion une rectification du concept d'acte déclaratif lui-même.

Il suffit ensuite de remarquer que l'acte récognitif, malgré les transformations qu'il entraîne, n'est jamais translatif ou constitutif : il concerne toujours un droit préexistant et les éléments nouveaux qu'il lui apporte ne peuvent jamais se confondre avec la création d'un droit substantiel : il s'agit simplement d'une transition de l'incertitude à la certitude ou de l'inefficacité

1. Cpr. avec la formule approchante contenue dans Req. 12 janv. 1814. D. *Rép. prat.*, V. *Preuve*, n° 979.
2. Voir *supra*, notre introduction n° 2.

à l'efficacité. L'acte récognitif, en effet, n'entraîne jamais la novation du rapport juridique antérieur : *Ricognitio nil dat novi* disait-on dans l'ancien droit. Cet adage se vérifie encore de nos jours à propos de n'importe quel acte récognitif : à propos du « titre nouvel », tout particulièrement, dont la force probante est liée à sa conformité rigoureuse avec l'acte primordial; à propos de l'aveu qui par définition même est incompatible avec une novation quelconque; à propos de la reconnaissance abstraite elle-même car il faudrait se garder de confondre les concepts d'abstraction de la cause et de novation : L'abstraction, en effet, a pour résultat de présumer d'une manière irréfragable l'existence et la régularité de la cause de l'engagement primitif. Mais elle n'a nullement la vertu de transformer en quoi que ce soit les conditions et les modalités de cet engagement dont le débiteur peut toujours prouver le contenu initial. La novation efface l'engagement primitif; l'abstraction le laisse subsister avec tous ses caractères [1].

Sans doute se peut-il que le signataire d'un acte récognitif ait eu réellement l'intention soit de transférer la propriété, soit de faire une donation, soit d'étendre pour une raison quelconque ses obligations primitives. Mais il serait aventureux de tirer argument de cette possibilité pour en conclure que l'acte récognitif est translatif ou constitutif. S'il est prouvé que l'auteur de l'acte a eu cette intention, on n'est plus, en réalité, en présence d'un acte récognitif, mais d'un acte d'une nature différente.

Il paraît dont tout à fait rationnel de ranger l'acte récognitif parmi les actes déclaratifs à condition d'admettre que ces derniers sont susceptibles de modifier dans une certaine mesure, les droits qu'ils « déclarent » [2]. L'acte récognitif a toujours un effet négatif sur le transfert ou la constitution du droit préexistant et un effet positif sur l'efficacité de ce droit. Nous aurons l'occasion de montrer que ces deux effets complémentaires sont inhérents à tous les actes déclaratifs.

***

L'application de la théorie classique de l'acte déclaratif à l'acte récognitif se révèle inexacte sur le plan théorique.

En est-il de même sur le plan pratique?

C'est ce que nous allons maintenant nous demander.

1. Cf. Carnelutti, article précité, p. 189; Osias, thèse précitée, spéc. p. 59 et suiv.

2. Cf.Carnelutti, article précité, p. 189; Stolfi, article précité, p. 177.

SECTION II

LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'ACTE RÉCOGNITIF

L'acte récognitif est traditionnellement représenté comme un acte rétroactif. C'est dans le caractère déclaratif de cet acte que l'on trouve généralement le fondement et la justification de son effet rétroactif.

Mais nous allons voir que la supposition de l'effet rétroactif n'est pas à l'abri de nombreuses objections soit entre les parties, soit vis-à-vis des tiers.

§ 1.

LES CONSÉQUENCES DE L'EFFET DÉCLARATIF ENTRE LES PARTIES

14. Lorsqu'un acte récognitif est accompli par un débiteur on dit généralement que cet acte rétroagit. On veut exprimer par cette formule qu'il fait corps avec l'acte primordial ou avec la convention qui, originairement, a donné naissance au droit. De telle sorte que les rapports juridiques révélés par la reconnaissance prennent date, non pas au jour de la rédaction de l'acte récognitif, mais au jour plus lointain où l'accord initial a donné naissance à ces rapports juridiques. C'est ainsi que les intérêts de la dette partiront du jour fixé pour le versement et non du jour de l'acte récognitif, ou, plus largement, c'est ainsi que le droit du créancier devra être considéré comme opposable au débiteur ou aux ayants cause du débiteur à partir du jour de la convention primitive ou du fait juridique (délit ou quasi-délit) qui l'a engendré.

Ces divers résultats — auxquels nous nous bornons à faire allusion, car en raison de la similitude des situations nous les retrouverons plus longuement à propos des jugements — sont, dans leur principe, incontestables. Mais leur justification par la rétroactivité de l'acte récognitif est plus douteuse. Ne serait-il pas plus exact, en effet, de souligner que l'acte récognitif, en

apportant au jour même où il est signé la certitude au droit préexistant, permet de tirer toutes les conséquences de l'antériorité de ce droit? Autrement dit, les divers résultats auxquels on fait allusion ne sont-ils pas des effets propres du droit préexistant qui, dans le passé. a juridiquement produit toutes ses conséquences, plutôt que les effets dans le passé de l'acte récognitif? Il y a tout lieu de le penser et il paraissait nécessaire de rectifier cette équivoque fort répandue [1].

Le principe de la rétroactivité de l'acte récognitif n'est pas plus convaincant lorsque l'on se place au point de vue des effets de cet acte vis-à-vis des tiers.

§ 2.

LES CONSÉQUENCES DE L'EFFET DÉCLARATIF VIS-A-VIS DES TIERS

15. On peut se demander si l'acte récognitif intervenu en matière de droit réel a pour résultat, — en particulier s'il a déplacé la possession — d'entraîner l'anéantissement rétroactif des actes juridiques accomplis avant la signature de l'acte par l'auteur de la reconnaissance? Il y aurait alors un véritable effet rétroactif.

La question se pose, semble-t-il, rarement en jurisprudence; la doctrine, de son côté, paraît peu s'en préoccuper. Il faut, sans doute, en chercher l'explication dans le fait que les actes récognitifs de droits réels sont beaucoup plus rares que les actes récognitifs d'obligations pour lesquels le problème ne se pose évidemment pas. Mais dans l'hypothèse toujours possible d'une reconnaissance du droit de propriété, la solution ne laisse pas d'être embarrassante.

Pour M. Stolfi aucun doute ne serait possible : l'acte récognitif entraînerait l'anéantissement des actes juridiques antérieurement accomplis par le possesseur du seul fait qu'il met en lumière « un état de choses qui existait réellement auparavant mais n'était pas apparent » [2]. Il est, ajoute-t-il en substance, de la nature même de l'acte récognitif de produire un effet rétroactif puisqu'il révèle l'absence du lien d'ayant-cause à auteur entre

1. Cf. en ce sens : Voirin, *op. cit.*, p. 703.
2. Stolfi, *Natura giuridica del negozio di accertamento, Riv. dir. proc. civ.*, 1933.I, spéc. p. 166 et suiv.

le possesseur et le signataire. Ces observations contiennent une part de vérité incontestable : dans la mesure où l'acte récognitif est réellement déclaratif, c'est-à-dire, en somme, dans la mesure où la reconnaissance correspond aussi bien dans l'esprit de son auteur que dans la réalité des choses à une vérité certaine, le principe de l'effet rétroactif semble s'imposer naturellement.

Mais précisément il faut que les tiers qui seront victimes de cette rétroactivité aient la possibilité de s'assurer de l'authenticité de la reconnaissance de leur auteur, car on ne peut permettre au propriétaire d'un immeuble hypothéqué de se débarrasser de toutes les hypothèques qu'il a consenties en reconnaissant les droits d'un tiers quelconque.

L'effet rétroactif de la reconnaissance se heurte donc à un obstacle qui en retarde le fonctionnement : la règle de la relativité de l'effet obligatoire des actes juridiques. Les tiers auront la faculté de prouver devant les tribunaux que leur auteur était réellement propriétaire ou que la reconnaissance était simulée ou frauduleuse [1]. Sans doute la charge de cette preuve leur incombera-t-elle et devront-ils combattre la reconnaissance qui, en tant qu'acte déclaratif, sert de titre à celui qui s'en prévaut [2], mais l'effet rétroactif de l'acte récognitif sera, en quelque sorte, subordonné à la confirmation juridictionnelle de ce dernier [3].

***

L'étude des actes récognitifs nous a fait entrevoir les équivoques ou les imprécisions de la théorie classique de l'acte déclaratif. Nous allons désormais en vérifier l'incidence de plus en plus importante sur l'analyse de la nature ou du régime juridique des autres actes déclaratifs unilatéraux.

1. Cf. les observations de M. Chevallier à propos de la transaction, *op. cit.*, p. 93-94, qui peuvent être appliquée « *mutatis mutandis* » à la reconnaissance.
2. Cf. Planiol, Ripert et Picard, t. III, n° 363.
3. D'autre part, même dans l'hypothèse où un jugement sera intervenu, l'effet rétroactif pourra être paralysé par le jeu de la théorie de la propriété apparente.

CHAPITRE II

LA RECONNAISSANCE D'ENFANT NATUREL

16. Il est devenu banal de souligner que la nature juridique de la reconnaissance d'enfant naturel est, en droit français, d'autant plus complexe que les traits principaux de cette institution peuvent se rattacher distributivement à deux conceptions très opposées de l'établissement de la filiation naturelle : la conception qui met au premier plan le caractère de « fait à prouver » du rapport de la parenté naturelle, et le système selon lequel l'efficacité des droits et des obligations découlant de la parenté naturelle est subordonnée à un acte volontaire du père ou de la mère [1].

La plupart des éléments juridiques de la reconnaissance impliquent nettement l'idée qu'elle est un aveu, et à ce titre, un mode de preuve[2]. A cet aspect, il faut rattacher, entre autres, son caractère essentiellement personnel et l'absence complète de conditions de capacité spéciales qui caractérise son accomplissement : il suffit que la volonté de l'auteur soit libre et consciente. Cet aspect probatoire s'est trouvé renforcé lorsqu'en 1912 a été supprimée la prohibition de la recherche judiciaire de la paternité naturelle.

Mais cette idée est insuffisante à expliquer tous les caractères juridiques de la reconnaissance.

On ne peut complètement l'assimiler à un aveu, car ce qui donne à l'aveu toute sa valeur dans son usage normal, c'est qu'il condamne celui dont il émane. Tandis qu'au contraire, la reconnaissance peut entraîner certains avantages pour son auteur : la loi tolère la reconnaissance d'un enfant naturel décédé ; dans ce cas, l'auteur de la reconnaissance a un droit dans la succession de son enfant [3].

En outre et surtout, l'idée de preuve semble fortement contre-

1. Cf. Ambroise Colin, *La protection de la descendance illégitime au point de vue des preuves de la filiation*, *Rev. trim.*, 1902, p. 257 et suiv.
2. Cf. Bartin sur Aubry et Rau, t. IX, § 567, note 10 *bis*.
3. Cf. Colin, article précité, p. 273.

dite par le caractère volontaire et solennel de la reconnaissance; ce dernier ne peut s'expliquer que par l'acceptation par l'auteur des conséquences juridiques de la filiation préexistante; la reconnaissance peut, sous cet angle, être comparée à une « demi-adoption » [1].

La doctrine, qui a cherché à concilier ces divers éléments pour dégager une idée unique susceptible d'exprimer la nature de la reconnaissance, a dû se rendre à l'évidence et admettre que la reconnaissance contient deux éléments irréductibles, un *élément confession* et un *élément admission* [2].

17. Le problème de la conciliation de ces deux aspects rivaux de la reconnaissance se retrouve, avec la même acuité, lorsqu'il s'agit de déterminer d'une manière exacte quels sont les effets de la reconnaissance : a-t-elle un effet déclaratif ou un effet constitutif?

Fait curieux, les auteurs, qui à propos du problème de la nature de la reconnaissance adoptent la conception généralement mitigée que nous venons de décrire, donnent, lorqu'il s'agit des effets, une importance plus particulière soit à l'élément confession, soit à l'élément admission.

Pour la très grande majorité des auteurs [3] et, du reste, pour une jurisprudence unanime [4], la reconnaissance a un effet

1. Cf. Colin, article précité, p. 274.

2. Colin, article précité, p. 275 et suiv.; Planiol, Ripert et Rouast, *Traité pratique de droit civil*, t. II, p. 687 et suiv.; M. Motin, *La nature juridique de la reconnaissance d'enfant naturel*, Thèse, Rennes, 1934, a cru pouvoir réaliser la conciliation entre ces deux points de vue en assimilant la reconnaissance à un « acte de déclaration » analogue à la déclaration par le père de son enfant légitime à l'état civil, ou à la déclaration de revenus du contribuable.

3. Planiol, Ripert et Rouast, t. II, p. 717; Baudry-Lacantinerie et Chéneaux, t. IV, p. 520; Aubry et Rau, t. IX, §. 569, p. 268; Beudant, par R. Beudant t. II, *L'état et la capacité des personnes*, p. 222 et suiv; Demolombe, t. V, *Paternité-filiation*, nº 456 et suiv.; Josserand, t. I, p. 672, nº 1201; Planiol, Ripert et Boulanger, t. I, nº 1436; Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, p. 57, § 20.

4. D. *Rép. prat.*, vº *Paternité-Filiation*, nº 687; D. *Rép. prat. suppl.*, vº *Paternité-Filiation*, nº 26; Douai, 20 juill. 1852; D. 53.II.50; Lyon, 26 avr. 1875, S. 77.II.18; Paris, 6 mai 1876,S.77. II.18; Poitiers, 27 déc. 1882, D. 83.II. 120; Bruxelles, 18 mars 1902, *Rev. trim.* 1903-436; Bruxelles, 12 nov. 1906, D. 1909.V.23; Trib. civ. Seine, 24 janv. 1902; *Gaz. Trib.*, 7 mai 1902; Bruxelles, 26 mars 1908. *Rev. trim.*, 1910, p. 204; Poitiers, 17 juin 1918, S. 1918-1919-II-79; Civ. 30 janv. 1883, S. 83-I.193, note Labbé; Civ. 22 janv. 1884, S. 84.I.277; Dijon, 26 déc. 1883, S. 84.II.163; Orléans, 5 fév. 1885, S. 85.II.152; Dijon, 18 déc. 1891, D. P. 92.II.217, note de Loynes.

La jurisprudence a cependant affirmé quelquefois le caractère attributif de la reconnaissance, mais il semble que ces décisions s'expliquent surtout par le désir d'écarter l'effet rétroactif normalement attaché à la reconnaissance déclarative en présence de reconnaissances postérieures à la mort de l'enfant et à ce titre suspectes. Cf. en ce sens : Paris, 25 mai 1835, S. 35.II.292; Paris, 25 avr. 1852, D. 53.II.181.

déclaratif; on justifie cet effet déclaratif par référence à l'aspect probatoire de la reconnaissance.

On observe « qu'elle apporte la preuve d'un fait antérieur » et que se bornant à constater une filiation préexistante, elle présente les caractéristiques essentielles de l'acte déclaratif [1].

Au point de vue pratique, on en déduit qu'elle doit rétroagir jusqu'au jour de la naissance (ou même de la conception) de l'enfant.

Ce raisonnement, parfaitement logique en apparence, assigne cependant à l'effet déclaratif un fondement bien fragile, ou en tout cas très insuffisant, dans la mesure où il repose tout entier sur l'aspect probatoire de la reconnaissance.

Dire que la reconnaissance est déclarative parce qu'elle se borne à prouver un fait matériel préexistant n'est que partiellement exact : la simple constatation de ce fait matériel, en dehors des formes prévues par la loi, — dans un reconnaissance sous-seing privé par exemple, — est impuissante à déclancher les effets juridiques de la filiation naturelle. C'est que la reconnaissance est plus qu'un mode de preuve : elle est le titre solennel indispensable à l'établissement de la filiation; et si elle n'est pas accomplie dans les formes prévues par la loi, la filiation ne peut produire aucun effet.

Il est donc difficile de contester que la reconnaissance ne crée pas, dans une certaine mesure, une situation nouvelle.

Aussi n'est-il pas étonnant que certains auteurs, s'attachant plus particulièrement à l'importance de l'élément admission, en aient déduit que la reconnaissance a un effet constitutif.

En France cette théorie ne semble pas avoir de partisans. Seul Ambroise Colin, bien qu'il ne se soit jamais formellement prononcé sur ce point, semblerait se rattacher plutôt à cette tendance; c'est ce que l'on pourrait déduire du rôle très important qu'il attribuait à l'élément admission et de l'influence considérable qu'il prêtait à la volonté du père dans l'établissement des liens de parenté [2].

Mais c'est surtout en Italie que la théorie constitutive a trouvé ses plus nombreux défenseurs [3]. La reconnaissance, soutiennent

1. « La reconnaissance, écrit Demolombe, *op.* et *loc. cit.*, n'est pas, bien entendu, attributive ». *Id.* Stolfi : « La reconnaissance est déclarative par le motif évident que le rapport de filiation existe et produit effet à partir du jour de la naissance ».

2. A. Colin, article précité, p. 282 et suiv.

3. Cf. Furno, *Osservazioni in tema di riconoscimento della prole naturale, Rivista di diritto e procedura civile*, 1939.II, p. 174 et suiv.; Antonio Cieu, *La filiazione*, Milan, 1927 et *Trattato di diritto civile italiano, diretto da Vassali,*

ces derniers, ne saurait être comparée à la simple preuve d'un fait antérieur car, d'une part, elle est discrétionnaire et, d'autre part, elle peut fort bien n'être pas conforme à la vérité, soit par suite d'une erreur, soit par suite d'un mensonge du déclarant. Aussi, est-il plus conforme à la réalité de dire que la reconnaissance « apporte un changement éminemment constitutif » dans l'état de droit antérieur, qu'elle est « un acte attributif de l'état de famille ».

Le corollaire pratique de ce point de vue se devine aisément : puisque la reconnaissance n'est pas déclarative, elle ne doit pas rétroagir, mais produire ses effets à sa date, *ex nunc*.

Cette théorie pèche par l'excès contraire à la théorie déclarative, dans la mesure où elle refuse de tenir compte de la part de vérité contenue dans celle-ci et qui consistait à souligner que la reconnaissance a, sous certains rapports incontestables, un effet probatoire.

18. Ces divergences de point de vue montrent à quel point la doctrine répugne au fond à considérer comme une donnée rationnelle la nature hybride assignée par le législateur à la reconnaissance : l'élément confession et l'élément admission paraissant inconciliables en pure logique, on préfère accorder dans la description des effets de l'acte une prépondérance plus marquée et presque exclusive à l'un ou à l'autre.

Il est cependant remarquable que chacune de ces théories extrêmes traduit un aspect véritable de la nature de la reconnaissance, mais devient inexacte dans la mesure où elle néglige l'autre aspect.

De sorte, que l'on est en fin de compte obligé d'admettre que l'on ne peut décrire correctement les effets de la reconnaissance si l'on ne conserve à la base de toute construction la donnée mixte du Code qui, d'ailleurs, n'est peut-être pas aussi irrationnelle qu'on le croit.

Dans cette perspective on pourrait d'abord songer à soutenir que la reconnaissance est à la fois déclarative et constitutive : déclarative parce qu'elle apporte la preuve d'un fait ; constitutive parce qu'elle apporte à la filiation préexistante le titre solennel indispensable à l'acquisition de l'état [1]. Mais le vice d'une telle

La filiazione, vol. III, fasc. I, Torino, 1939, nº 88, p. 106.; Carresi, *Il riconoscimento dei figli naturale*, Milan, 1940; Corrado, *Negozio di accertamento*, (cité par M. Cosattini, *Il riconoscimento del figlio naturale*, Milan, 1939, p. 95); Santorro-Passarelli, *Riconoscibilita e reclamabilita dello stato di figli naturale*, *Foro Ital.*, 1941.I., col. 145.

1. Cette idée a été défendue en Italie. Cf. les citations de M. Cosattini, *op. cit.*, p. 194 et p. 201.

méthode apparaît dès que l'on essaye de la traduire dans la pratique : si la reconnaissance est déclarative on enseigne traditionnellement qu'elle doit rétroagir; si elle est constitutive elle ne doit produire ses effets qu'à sa date — comment satisfaire, en même temps, à ces deux nécessités?

Il nous paraît plus rationnel de rechercher la conciliation entre l'élément-confession et l'élément-admission dans un approfondissement de la théorie déclarative. Pour atteindre ce but nous essaierons de préciser l'étendue exacte de l'effet positif de la reconnaissance et nous nous demanderons s'il est inconciliable avec l'idée déclarative, tant au point de vue théorique qu'au point de vue pratique.

§ 1.

LA NATURE DÉCLARATIVE DE LA RECONNAISSANCE D'ENFANT NATUREL

19. Pour se faire une idée précise du rôle de la reconnaissance dans l'établissement de la filiation naturelle il faut d'abord éprouver plus énergiquement la force des arguments de la théorie constitutive; dans quelle mesure peut-on considérer la reconnaissance comme une condition d'existence de l'état d'enfant naturel?

M. Cosattini soutient que l'état d'enfant naturel ne préexiste pas à la reconnaissance mais s'acquiert seulement par l'inscription de la reconnaissance en marge de l'acte de naissance [1]. D'autres auteurs [2], tirant argument du fait que sans la reconnaissance l'état n'a aucun effet pratique, en déduisent que la reconnaissance est un élément essentiel à l'acquisition de l'état.

De telles affirmations sont doublement contredites :

— d'une part, par certains exemples frappants qui mettent en lumière l'existence propre de l'état en dehors de la reconnaissance;

— d'autre part, par le régime juridique de la reconnaissance elle-même.

a) Il est tout d'abord bien évident que, s'il n'est pas prouvé par les modes de preuve permis par la loi, l'état d'enfant légitime ou naturel ne peut produire d'effets parce qu'il est indéter-

1. *Op. cit.*, p. 93 et 210.
2. Santorro-Passarelli, *op. cit.*, col. 45; Carresi, *op. cit.*; Furno, *op. cit.*, p. 174.

miné, mais il est moins évident qu'en dehors de cette détermination, il ne possède aucune existence véritable.

Il suffit, pour se convaincre du contraire, de songer aux actions en réclamation d'état ou en recherche de paternité naturelle dont les conditions de succès résident précisément dans l'existence antérieure de l'état.

Par ailleurs les efforts de la jurisprudence pour faire produire certains effets secondaires à la filiation naturelle de fait ne sont pas moins significatifs de la nécessité de prendre conscience, au moins dans une mesure limitée, de l'existence objective d'un état d'enfant naturel non reconnu mais prouvé par des moyens auxquels la loi attache une grande importance en matière de filiation légitime [1].

Sans doute ne s'agit-il que d'effets très partiels, voire même occasionnels, mais il n'est pas impossible de relever dans la jurisprudence un certain nombre de décisions qui, lorsque l'enfant peut prouver son lien de parenté, au moyen de l'acte de naissance ou de la possession d'état, déduisent de cette situation de fait certaines conséquences.

C'est ainsi qu'un enfant non reconnu a été autorisé à porter le nom de la femme qui était indiquée comme sa mère dans l'acte de naissance [2].

Certaines décisions ont même admis l'existence d'une puissance paternelle de fait en accordant au prétendu père le droit de consentir au mariage de l'enfant [3].

D'autres, se fondant sur la possession d'état et l'acte de naissance, ont déduit du lien de parenté des empêchements à mariage [4].

Enfin, un arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 19 décembre 1844 a même appliqué à un enfant muni de ces deux titres l'incapacité de recevoir à titre gratuit au delà des limites fixées par l'article 908 pour les enfants naturels reconnus [5].

La comparaison avec d'autres exemples, choisis dans la vie juridique, de dissociation entre le droit et son objet, et, en particulier, entre le droit de propriété et la possession de la chose,

1. Bogros, *La filiation naturelle de fait*. Thèse, Poitiers, 1923.

2. Limoges, 10 août 1907, D. 1908.II.12; Nogent-le-Rotrou, 25 avr. 1913, S. 1920.II.105.

3. Caen, 7 juil. 1913, S. 1920.II.41, note Hugueney; Dreux, 22 nov. 1904, *Gaz. Pal.* 1905.I.189.

4. Paris, 18 mars 1850, D. P. 51.II.30; Versailles, 13 janv. 1892, S. 92.II.92.

5. D. P. 1845.II.97.

Notons cependant que la jurisprudence se refuse à sanctionner l'obligation alimentaire en l'absence d'une reconnaissance ou d'un jugement établissant régulièrement la filiation. Cf. D. *Rép. prat.*, v°. *Filiation*, n° 487.

confirme la possibilité d'une dissociation de l'état d'enfant légitime ou naturel et de sa possession effective par l'enfant : l'état fait partie de la personnalité juridique et s'acquiert automatiquement par la naissance ou par la mort, sans le secours de la volonté des parents ou des enfants [1].

b) Ce point de vue est, en outre, fortement confirmé par l'observation du régime juridique de la reconnaissance. La stabilité de cet acte est subordonnée à son exactitude : n'est-ce pas la preuve qu'il est par lui-même impuissant à créer l'état? Si la reconnaissance était constitutive, elle serait dotée par la loi d'une présomption irréfragable de vérité [2]. Or elle ne fait foi que jusqu'à preuve du contraire et ne saurait faire obstacle à une déclaration similaire émanant d'un autre homme. C'est que la cause de la déclaration de volonté de l'auteur de l'acte n'est pas le désir de créer de toutes pièces un lien juridique entre lui et l'enfant — comme dans l'adoption ou la légitimation — mais la conviction de sa paternité ou de sa maternité. Une fois la déclaration émise, la volonté du déclarant ne peut, en aucune façon, modeler le contenu de l'acte : elle se borne à déclencher l'application d'un statut légal [3]. Sans doute il se peut que l'institution soit parfois dénaturée par une déclaration mensongère, mais c'est là un danger commun à un grand nombre d'actes juridiques soumis au risque d'une simulation qui n'altère nullement leur nature véritable.

20. Ces diverses raisons semblent autoriser à définir la reconnaissance comme l'acte juridique qui permet à un rapport de parenté préexistant, mais juridiquement inefficace, de produire ses effets [4].

Elle est la condition d'efficacité de l'état. Mais cette condition est particulièrement importante si on la compare aux preuves de la filiation légitime qui sont aussi des conditions d'efficacité de l'état d'enfant légitime. Tandis que ces dernières permettent à l'état d'enfant légitime de s'exercer en lui apportant la certitude qui lui manquait, l'état d'enfant naturel, même rendu certain par une preuve ordinaire, ne peut produire ses effets

1. Cf. Aubry et Rau, t. I, § 52.

2. Cf. David, note au S. 1940.II.57; René Savatier, chr. au D. H. 1934, p. 90; Jean Savatier, note au D. 1947.II.20.

3. Cf. Cosattini, *op. cit.*, p. 82 : « Dans le domaine de la filiation la volonté ne peut avoir de caractère dispositif. »

4. Cf. la définition très voisine qu'en donne M. Voirin, *Cours de Droit civil* de Ch. Beudant, t. IV, p. 705 : « Elle constitue l'aveu indispensable à la mise en œuvre d'un droit latent préexistant. Elle donne à la filiation préexistante la certitude qui lui manquait. »

caractéristiques que par l'intermédiaire de la reconnaissance [1] qui, de ce fait... n'est pas un acte récognitif : elle apporte à l'état préexistant son titre; elle le rend opposable à tous en vertu d'une déclaration de volonté libre et solennelle.

Cette apport nouveau de la reconnaissance n'est nullement en contradiction avec l'idée déclarative; au contraire, il la précise.

Les critiques formulées par les partisans de la théorie constitutive, contre la théorie déclarative sont partiellement motivées par leur attachement à la conception traditionnelle de l'acte déclaratif.

On assimile, dans cette conception, l'acte déclaratif à l'acte récognitif parce que l'absence d'effet de ce dernier sur la création ou la translation des droits est particulièrement frappant. Or, il est difficile de voir dans la reconnaissance un acte absolument récognitif. C'est la raison pour laquelle nous avons nous-mêmes jugé douteuse ou, en tout cas, insuffisante la justification classique de l'effet déclaratif de la reconnaissance. Mais là où la théorie constitutive voit une erreur définitive, nous ne voyons qu'une insuffisance d'analyse facile à compléter.

En effet, la reconnaissance et l'acte récognitif ont une analogie fonctionnelle : l'acte récognitif permet à un droit préexistant de s'exercer en lui apportant la certitude; la reconnaissance permet à la filiation préexistante de produire ses effets en lui apportant le titre solennel nécessaire à son efficacité. Les deux actes ont une fonction commune et comportent l'un et l'autre un effet négatif sur la création du droit et un effet positif sur l'efficacité du droit. Il n'y a que des différences de degré dans le procédé technique employé pour libérer le droit de son entrave : dans l'acte récognitif, il suffit d'une simple constatation, dans la reconnaissance il faut un acte juridique impératif.

Dès lors, pourquoi ne pas tenir compte de cet effet positif incontestable dans la définition de la reconnaissance déclarative du moment que, malgré son importance, il se différencie profondément d'un effet proprement créateur du droit?

La doctrine italienne a bien senti que dans la mesure où l'effet propre de la reconnaissance la retranchait de la catégorie

1. L'efficacité peut être aussi apportée à l'état d'enfant naturel par une reconnaissance judiciaire, mais, comme nous le verrons dans le chapitre consacré aux jugements, le jugement déclaratif de paternité ou de maternité naturelle ne se borne pas à constater la préexistence du rapport de parenté : il est, comme la reconnaissance, le titre solennel indispensable à l'efficacité de l'état.

des actes vraiment constitutifs, elle se rapprochait par contre coup de l'acte déclaratif.

Mais les auteurs, auxquels nous faisons allusion, reculant devant la nécessité d'inclure cet effet positif important dans la notion traditionnelle de l'acte déclaratif, ont préféré dire que la reconnaissance avait un certain effet constitutif, trop faible pour être attributif, trop fort pour être déclaratif.

Aussi, pour M. Cosattini, en particulier, la reconnaissance d'enfant naturel, appartiendrait à une catégorie autonome d'actes juridiques, le *negozio d'accertamento* [1].

Le *negozio d'accertamento* est un concept très original, propre, semble-t-il, à la doctrine italienne et à la doctrine allemande, que nous aurons l'occasion de retrouver tout au long de ce travail, et dont nous ferons l'analyse dans notre seconde partie [2].

Il s'agit d'un acte juridique qui a pour but d'apporter un supplément d'efficacité juridique soit à un fait générateur de droit, soit à un contrat ou à une situation juridique préexistants. L'exemple typique du phénomène *d'accertamento* est fourni par les jugements qui, en constatant l'existence préalable d'un droit, apportent à celui-ci la certitude qui lui manquait et de ce fait augmentent son efficacité juridique.

C'est à partir des jugements que le concept d'*accertamento* a été étendu à certains actes juridiques du droit privé.

L'application de cette intéressante conception à la reconnaissance d'enfant naturel par M. Cosattini nous paraît justifiée puisque nous avons admis que la reconnaissance était la condition d'efficacité de l'état préexistant.

Aussi n'est-ce pas M. Cosattini que nous critiquons, mais la théorie du *Negozio d'accertamento* elle-même, dans la mesure où elle cherche à se distinguer de celle de l'acte déclaratif. La raison essentielle de la position hybride, adoptée par les partisans de cette théorie, c'est que l'acte d'*accertamento* étant pourvu d'un effet positif modifie la situation antérieure et, de ce fait, ne satisfait pas à la définition de l'acte déclaratif qui, au contraire, ne modifie rien.

Mais cette définition classique de l'acte déclaratif n'est-elle pas elle-même tout simplement insuffisante?

1. Cosattini, *op. cit.*, p. 93 et suiv., *Negozio d'accertamento* se traduit littéralement en français par « acte de confirmation ». Mais cette traduction littérale est défectueuse dans la mesure où elle fait penser au concept technique de confirmation des actes juridiques avec lequel le *Negozio d'accertamento* n'a que de lointains rapports.

2. Voir *infra* nº 220.

C'est ce que nous pensons et que nous vérifierons tout au long de ce travail.

Aussi devons-nous conclure que la reconnaissance est un acte déclaratif.

§ 2.

LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA RECONNAISSANCE

Le régime juridique de la reconnaissance en droit positif doit être apprécié à deux points de vue très différents : certains de ses aspects s'expliquent par la seule référence à son effet déclaratif. Certains autres sont marqués des traits distinctifs de l'effet rétroactif.

I. — Les conséquences de l'effet déclaratif de la reconnaissance

21. Notre analyse de la reconnaissance a mis en lumière les deux effets complémentaires qui la caractérisent : elle établit l'existence antérieure d'un rapport de filiation entre le déclarant et l'enfant; elle apporte à ce rapport de filiation l'efficacité juridique dont il était jusqu'alors dépourvu. La réunion de ces deux caractères fondamentaux forme la substance même du concept d'effet déclaratif de la reconnaissance et explique tout naturellement la situation particulière que lui fait le droit positif au point de vue pratique.

1. — *Les conséquences propres de l'absence d'effet constitutif*

22. L'absence d'effet constitutif de la reconnaissance éclaire certaines règles particulières qui régissent ses conditions de validité et de stabilité.

Simple aveu d'un fait antérieur que le déclarant est seul à connaître, la reconnaissance est un acte essentiellement personnel. Elle ne peut être faite que par le père ou par la mère en personne, et aucun de leurs représentants légaux ou de leurs héritiers ne peut se substituer à eux [1].

1. Paris, 11 juin 1891, D. P. 92.II.533 et Ripert et Boulanger, t. I, nº 1413.

La validité de cet aveu est indépendante de l'existence ou de l'inexistence actuelle de l'enfant : la jurisprudence, après l'avoir nié pendant un certain temps [1], a fini par admettre la validité de la reconnaissance posthume [2]. Il n'y aurait, en effet, de motif rationnel de condamner cette solution que si la reconnaissance avait pour objet de conférer un droit nouveau à l'enfant, à la manière de la légitimation qui crée de toutes pièces un lien artificiel de filiation légitime.

En outre, comme tout aveu, la reconnaissance est irrévocable.

Mais la valeur propre de cet aveu est subordonnée à son exactitude : la loi ne lui attache aucune présomption irréfragable de vérité. Cela se conçoit aisément car celui qui reconnaît un enfant naturel déclare un fait dont il n'a pas une connaissance complète : il affirme une conviction personnelle de paternité, fondée sur les rapports sexuels qu'il a eus avec la mère à une époque qui correspond à la date probable de la conception de l'enfant. Mais il ne peut pas toujours savoir si à cette époque il a été le seul amant de la mère [3].

Aussi est-il raisonnable de décider que sa propre déclaration ne fait pas obstacle à une seconde reconnaissance émanant d'un autre homme. Il appartiendra au Tribunal de trancher souverainement le conflit. Comme l'a justement souligné M. David « pour arriver à la preuve contraire, il faudrait forcer le sens de la déclaration que constitue, de la part d'un homme, la reconnaissance d'un enfant naturel. Il faudrait y voir un acte constitutif d'état, une sorte d'adoption de l'enfant, conception aujourd'hui abandonnée » [4].

C'est, enfin, à la même idée que se rattache l'admission de la contestation de la reconnaissance par tous moyens de preuve [5], et la possibilité pour son auteur lui-même d'en contester la véracité en invoquant l'erreur [6] sur la personne de l'enfant.

1. Paris, 26 avr. 1852, D. P. 53.II.181; Rouen, 28 déc. 1899, D. P. 1901. II.71.
2. Lyon, 26 févr. 1875 et Paris, 6 mai 1876, S. 77.II.18; Poitiers, 27 déc. 1882, D. P. 83.II.120.
3. David, note au S. 1940.II.57; René Savatier : « Un enfant peut-il se voir légalement attribuer plusieurs pères ou plusieurs mères? ». Chr. au D. H. 1934, p. 90; Jean Savatier, note au D. 1947.II.20.
4. David, note précitée.
5. Ripert et Boulanger, *op. cit.*, nº 1461.
6. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 568, p. 233; Aix, 22 déc. 1852, S. 54.II.321.

2. *Les conséquences propres des effets de la reconnaissance sur l'efficacité de l'état d'enfant naturel.*

23. L'efficacité de l'état d'enfant naturel est subordonnée, en droit français, à la réalisation de conditions très strictes : elle dépend de la volonté du juge lorsque l'existence d'un cas d'ouverture permet à l'enfant d'intenter l'action en recherche de paternité, ou de la volonté du père ou de la mère dans tous les autres cas. Aussi, conçoit-on que certaines précautions soient prises pour attirer l'attention du déclarant sur l'importance des effets juridiques qu'il va déclancher, et pour assurer la liberté totale de sa déclaration de volonté.

Pour attirer l'attention du déclarant sur la gravité de son acte, le législateur impose à la reconnaissance une forme solennelle : elle doit être recueillie dans un acte authentique [1].

Pour assurer la liberté totale de la reconnaissance, la jurisprudence admet la nullité de l'acte en cas de violence ou de dol [2].

La reconnaissance solennelle et librement consentie déclanche l'efficacité de l'état. Désormais l'enfant pourra invoquer vis-à-vis de quiconque tous les droits que lui confère son état [3], et il sera lui-même soumis, vis-à-vis de son père ou de sa mère, et vis-à-vis des tiers, à toutes les obligations que lui impose son état. Une exception est cependant apportée par le législateur à l'opposabilité *erga omnes* de la reconnaissance. L'article 337 du Code civil décide que « la reconnaissance faite pendant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu avant son mariage d'un autre que son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage ». Cette solution s'explique par le désir de protéger la famille légitime contre des reconnaissances tardives. Hormis cette exception, l'opposabilité de l'état reste absolue.

Mais l'enfant naturel peut-il opposer sa reconnaissance à des tiers pour réclamer le bénéfice de son état dans le passé; et inversement les tiers peuvent-ils invoquer la reconnaissance pour en recueillir les avantages dans le passé?

C'est le problème de l'effet rétroactif de la reconnaissance.

1. Ripert et Boulanger, *op. cit.*, nos 1427 et suiv.
2. Lyon, 13 mars 1856, D. 56.II.232; Poitiers, 30 déc. 1907, D. 1910.II.245.
3. Ripert et Boulanger, *op. cit.*, no 1438. Il faut cependant préciser que cette opposabilité n'est possible que si la reconnaissance est véridique. Si elle est contestée avec succès elle ne peut plus être opposée à quiconque puisqu'elle ne correspond pas à un état réellement préexistant.

II. — Les conséquences de l'effet rétroactif de la reconnaissance.

24. La jurisprudence et la doctrine justifient certaines solutions constantes en disant que la reconnaissance rétroagit jusqu'au jour de la naissance ou de la conception de l'enfant [1].

C'est ainsi que l'on explique la possibilité pour l'auteur d'une reconnaissance d'enfant décédé de venir à la succession de cet enfant en qualité d'héritier [2].

On justifie de la même manière l'anéantissement des libéralités dont l'enfant aurait été le bénéficiaire de la part de son auteur antérieurement à la reconnaissance : aux termes de l'article 908 du Code civil, les enfants naturels sont incapables de recevoir à titre gratuit; les libéralités sont donc rétroactivement annulées [3].

Enfin, toujours en vertu de la rétroactivité de la reconnaissance, on décide que l'enfant naturel peut invoquer son droit de réserve dans la succession de son père lorsque ce dernier avait, antérieurement à la reconnaissance, légué tous ses biens à des tiers [4].

Ces solutions doivent être approuvées. Mais des précisions sont nécessaires sur le fondement qu'il faut leur donner : ce fondement est, en effet, très différent selon la manière dont on justifie l'effet déclaratif de la reconnaissance.

Nous allons nous placer successivement au point de vue de la théorie classique et au point de vue que nous avons soutenu.

a) Si l'on se place dans l'axe même de la théorie classique on s'aperçoit que le recours à la notion de rétroactivité pour expliquer que les effets de la filiation nouvellement révélée se produisent dans le passé, et non seulement dans l'avenir, est absolument inutile.

On se souvient, en effet, que, selon la théorie classique, la reconnaissance est déclarative parce qu'elle se borne à constater

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 268, § 569; Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, *op. cit.*, p. 620; Demolombe, *op. cit.*, nº 456, Josserand, *op. cit.*, p. 672; Stolfi, *op. cit.*, p. 57; Dalloz, *Rép. Prat.*, vº *Paternité-Filiation*, nº 687.

2. Douai, 20 juill. 1852, D. P. 53.II.50; Lyon, 26 févr. 1875, S. 77.II.18; Paris ,6 mai 1876, S. 77.II.18; Poitiers, 28 déc. 1882, D. P. 83.II.120; Bruxelles, 18 mars 1902, Rev. Trim. 1903-436; Bruxelles, 12 fév. 1906, D. P. 1909-V.23.

3. Dijon, 18 déc. 1891, D. P. 92.II.217, note de Loynes; Civ. 30 janv. 1883, S. 83.I.193, note Labbé; Civ. 22 janv. 1884, S. 84.I.227; Dijon, 26 déc. 1883, S. 84.II.163; Orléans, 5 fév. 1885, S. 85.II.152.

4. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 569, p. 288, note 20.

un lien de filiation préexistant et un état d'enfant naturel également préexistant.

Dès lors il faut admettre que la reconnaissance joue simplement un rôle de preuve et que l'état d'enfant naturel, pourvu qu'il soit révélé, a produit par lui-même et par la seule vertu de sa préexistence, tous ses effets dans le passé. Aussi toutes les solutions pratiques que l'on attribue à l'effet rétroactif de la reconnaissance devraient-elles être rattachées plutôt à son absence d'effet constitutif.

C'est ce qu'avait nettement pressenti Ambroise Colin qui critiquait l'expression « effet rétroactif » employée couramment : « Formule peu exacte, écrivait-il, mais exprimant cette vue toute rationnelle que les effets attachés à la filiation doivent se produire du jour même de la naissance et non du jour de la reconnaissance qui n'a fait que constater le lien de filiation » [1].

b) Mais nous avons critiqué la théorie classique qui, en prétendant que la reconnaissance se borne à constater un lien de filiation préexistant, néglige son action très importante sur l'efficacité juridique de l'état d'enfant naturel. Or c'est précisément cette dernière considération qui impose de recourir à la notion d'effet rétroactif pour expliquer les solutions traditionnelles : des actes qui, au moment où ils ont été accomplis étaient pleinement valables parce que l'état d'enfant naturel était encore inefficace — par exemple les libéralités faites à l'enfant par le père — sont anéantis; à l'inverse des droits, tels que le droit de réserve de l'enfant dans la succession de son père ou le droit du père dans la succession de son enfant décédé, qui n'avaient avant la reconnaissance aucune efficacité, peuvent être rétroactivement invoqués après la reconnaissance. Ces résolutions et ces confirmations de situations juridiques originairement stables constituent indiscutablement la marque propre de l'effet rétroactif [2].

Quel est le fondement de cet effet rétroactif? Il serait à première vue tentant de recourir, pour le caractériser, à la notion de fiction. On pourrait considérer que dans l'intérêt de l'enfant comme, d'ailleurs, dans l'intérêt du père ou de la mère, on fait abstraction du laps de temps pendant lequel l'enfant est demeuré

1. A Colin, article précité, p. 276. Cf. également les réflexions de Labbé au S. 1883. I.183, *in fine*.

2. Seule l'annulation du mariage d'un enfant naturel célébré avant la reconnaissance, pour empêchement de parenté nouvellement révélé par la reconnaissance, se justifie en dehors de toute rétroactivité : l'empêchement existait *ab initio* du seul fait de la parenté.

sans titre de filiation, et que tout doit se passer « comme si » la reconnaissance s'était produite au jour même de la naissance. Mais cette explication serait à la fois trop vague et trop éloignée de la réalité des choses : trop vague parce que le recours au concept de fiction ne permet jamais de résoudre un problème; trop éloignée de la réalité parce que l'antidate de la reconnaissance laisserait entendre que le fonctionnement de la rétroactivité implique nécessairement la méconnaissance totale de la période, parfois très longue, durant laquelle l'état de l'enfant est resté inefficace.

La rétroactivité s'explique en réalité plus aisément et plus naturellement par la fonction juridique de la reconnaissance. La reconnaissance permet à un lien de filiation inefficace de produire ses effets dans l'avenir. Ce but ne serait pas complètement réalisé si les atteintes faites antérieurement au droit de réserve de l'enfant dans la succession de son père n'étaient pas sanctionnées, ou si les libéralités faites antérieurement à l'enfant subsistaient.

Aussi, l'effet rétroactif de la reconnaissance n'est-il qu'un des procédés techniques destinés à sanctionner la reprise d'efficacité de l'état d'enfant naturel. Il est le prolongement et le complément indispensable de l'effet déclaratif.

Le fondement ainsi donné à l'effet rétroactif explique aussi tout naturellement que le jeu de la rétroactivité soit tempéré dans certains cas.

Lorsque l'enfant a contracté un mariage, antérieurement à la reconnaissance de son père ou de sa mère, sans l'autorisation de ce dernier, la reconnaissance ne saurait entraîner l'annulation de ce mariage pour défaut d'autorisation [1]. La rétroactivité ne pourrait dans ce cas se justifier qu'en considérant d'un point de vue dogmatique que la reconnaissance a été faite au jour de la naissance et en supposant que les droits de puissance paternelle ont été exercés dans le passé.

D'autre part, l'article 3 (4e alinéa) de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail stipule que la rente dont bénéficient les parents de la victime ne sera versée à l'auteur d'une reconnaissance que si la reconnaissance est antérieure à l'accident. La loi tient compte dans ce cas du caractère tardif de la reconnaissance et de son caractère suspect.

1 D. *Rép. prat.*, v° *Filiation*, n° 47 et suiv.; Civ. 10 nov. 1896, D. P. 99.I.209; S. 97.I.321; Aubry et Rau, t. IX, § 569, p. 269.

CHAPITRE III

LE DÉPOT DE MARQUES DE FABRIQUE

25. Les marques de fabrique sont de véritables propriétés incorporelles [1]. Dans presque tous les pays, cette propriété est l'objet d'une protection spéciale, pourvu toutefois qu'elle ait reçu une certaine publicité. Cette publicité est normalement assurée par la formalité du dépôt de la marque au siège d'un organisme centralisateur.

En France, la loi du 23 juin 1857 (modifiée par la loi du 3 mai 1890) dispose que « nul ne peut revendiquer la propriété exclusive d'une marque s'il n'a déposé deux exemplaires du modèle de cette marque au greffe du Tribunal de commerce de son domicile ». Les dépôts individuels sont ensuite rassemblés à l'Office national de la Propriété industrielle et publiés dans le *Bulletin officiel* de la Propriété industrielle et commerciale.

Cette formalité du dépôt pose un problème : comment s'acquiert la propriété de la marque? Deux systèmes sont *a priori* concevables en législation et sont respectivement appliqués dans divers pays.

On peut d'abord considérer que c'est le dépôt qui est constitutif du droit de propriété, et par conséquent, en dehors du dépôt, aucun commerçant ne pourra revendiquer des droits sur une marque qu'il aura simplement utilisée. C'est le système qui est pratiqué en Allemagne et en Angleterre [2]. Il avait été proposé en France peu de temps avant la rédaction définitive de la loi de 1857 dont le projet initial stipulait que « la propriété de la marque n'est acquise au déposant qu'au jour du dépôt » [3].

On peut, en deuxième lieu, considérer au contraire que le dépôt est une simple mesure de publicité et de notification de la propriété de la marque aux tiers, dont l'omission n'a aucune influence sur l'existence de cette propriété. C'est le système français tel qu'il est exposé dans l'article 2 de la loi du 23 juin

1. Cf. Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, 3e éd., 1898, nº 76 et suiv.; Josserand, *Cours de droit civil*, t. I, nº 1531; Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil* de Marcel Planiol, t. I., nº 3497.

2. Cf. Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. I, p. 86, nº 109 et note 2. En Angleterre, le dépôt est attributif au bout de cinq ans.

3. Pouillet, *op. cit.*, nº 102.

1857 qui, en spécifiant que le dépôt est nécessaire pour « revendiquer » la propriété de la marque, laisse entendre implicitement que là se borne son utilité et qu'il n'est pas attributif de propriété. Le législateur de 1857 s'est d'ailleurs expliqué sur ce point dans son rapport en des termes qui ne permettent aucun doute : « que tout fabricant, que tout commerçant doive pour s'assurer le bénéfice de la loi déposer une marque qui est une source de fortune pour lui, un gage de confiance pour le public, cela est évident. Il y a imprudence à agir autrement et la loi n'a pas à le protéger plus qu'il ne le fait lui-même. Mais fallait-il le dépouiller de sa propriété cet industriel si négligent qu'il fût, à ce point qu'il pût être poursuivi par un tiers qui, non content d'usurper sa marque, en aurait opéré le dépôt? Telle eut été en effet, la conséquence fatale d'un principe rigoureux : il nous a paru dangereux de faire dépendre de l'accomplissement d'une formalité, de soumettre à la chance d'une diligence plus ou moins active, la propriété d'une marque qui, le plus souvent, tire son importance de son ancienneté et n'a pas été déposée à cause de son ancienneté même »[1].

Il est donc certain que le dépôt ne fait pas acquérir, en France, la propriété de la marque. Cette dernière, aux termes d'une doctrine[2] et d'une jurisprudence[3] constantes, s'acquiert simplement par le premier usage, par la priorité dans l'occupation.

On exprime très généralement cette physionomie un peu particulière du dépôt en disant qu'il est « déclaratif et non attributif » de la propriété de la marque[4].

Cette doctrine n'est pas à l'abri de toute critique, tout au moins quant à la manière dont elle justifie l'effet déclaratif du dépôt. C'est ce que nous allons voir immédiatement dans un

1. Cette citation est faite par Pouillet, *op. cit.*, n° 102.

2. Pouillet, *op. cit.*, n° 79 et n° 100; Merlin, *Questions de droit*, v° *Marque de fabrique*, § 2.

3. Cf. *D. Rép. prat.* v° *Propriété industrielle*, n° 218 et suiv. *Juris-classeur commercial. Marques de fabrique*, t. I, n° 236 et suiv.

4. Merlin, *op. cit.* Merlin se réfère à la loi en vigueur au moment où il écrit, c'est-à-dire la loi de Germinal an XI; Pouillet, *op. cit.*, n° 100 et suiv.; Thaller et Percerou, *op. cit.*; Ripert et Boulanger, *op. cit.*; Naquet, note au S. 1910.I. 73; Wahl, note au S. 1929.II.651; Roubier, note au J. C. P. 1942.I.1860. La jurisprudence est constante: Cf. Crim. 11 mars 1899, S. 1900.I.497; Req. 19 oct. 1925, *Gaz. Pal.* 1925.II.514; Alger, 6 janv. 1926, *Gaz. Pal.* 1926.I.434; Req. 20 oct. 1927, S. 1927.I.204; Versailles, 21 fév.1928, *Gaz. Pal.* 1928.I.540; Civ. 19 fév. 1936, D. H. 1936-179; Req., 21 déc. 1926, S. 1927.I.204; Crim. 5 avr. 1935, S. 1937. I.79; Paris, 4 fév. 1935, *Gaz. trib.*, 1935.II.426; Civ. 4 août 1941, J. C. P. 1942. II.1860, note Roubier; cf. également les décisions anciennes citées par Pouillet aux n°s 104 et suiv.; D. *Rép. prat.*, v° *Propriété industrielle*, n° 218 et suiv. et les références citées au *juris-classeur commercial* précité.

premier paragraphe consacré à l'étude de la nature du dépôt; nous examinerons ensuite les conséquences pratiques de cette nature.

§ 1.

LA NATURE DÉCLARATIVE DU DÉPOT [1]

26. Comment justifie-t-on la nature déclarative du dépôt? De deux manières qui, l'une et l'autre, sont des applications particulières de la notion classique de l'acte déclaratif. On sait qu'aux termes de cette théorie l'acte déclaratif constate un droit préexistant sans le transformer ou sans le modifier [2]. La doctrine a essayé d'appliquer successivement les deux parties de cette définition au dépôt.

Le premier système est celui de Pouillet qui écrit : « Le dépôt est déclaratif et non attributif de propriété; en d'autres termes, le dépôt constate la propriété de la marque, il ne la crée pas » [3]; et ailleurs, Pouillet dit encore que « le dépôt est la constatation officielle de la prise de possession de la marque, la notification au public du droit de propriété qu'il ne crée pas, mais révèle [4] ».

Cette idée n'est pas tout à fait exacte : le dépôt ne constate pas le droit de propriété antérieur pour la bonne raison que l'existence réelle de ce droit de propriété est incertaine. Il se peut, en effet, que le déposant soit évincé du bénéfice de la propriété de la marque par un tiers qui, bien que n'ayant pas effectué le dépôt, pourra justifier qu'il a acquis la propriété par un usage antérieur à celui du déposant.

Aussi la majorité des auteurs justifie-t-elle le caractère déclaratif du dépôt d'une autre manière : le dépôt, dit-on, est déclaratif parce qu'il n'est pas constitutif. Mais ici encore les objections surgissent : une telle affirmation, dans la conception classique de l'acte déclaratif, n'est soutenable que si le dépôt, non seulement ne crée pas le droit de propriété mais encore ne transforme pas ce droit de propriété. Or, le dépôt précisément, apporte à ce droit des éléments nouveaux qu'on ne peut négliger.

1. Le dépôt de dessins et modèles organisé par la loi du 14 juillet 1909 est un acte déclaratif de la propriété du dessin ou du modèle. La justification et le mécanisme de cet effet déclaratif étant les mêmes que ceux du dépôt de marques, nos développements seront valables pour les deux. Cf. *D. Rép. prat.*, v° *Propriété industrielle*, n° 47.

2. Voir notre introduction, *supra*, n° 1 et suiv.

3. *Op. cit.*, n° 194.

4. *Op.cit.*, n° 100.

Il faut pour s'en rendre compte envisager séparément le régime juridique de la propriété de la marque en dehors du dépôt et après le dépôt.

En dehors du dépôt la propriété de la marque existe, mais elle est amoindrie [1] : elle n'est pas susceptible de revendication, c'est-à-dire que les atteintes qu'elle peut recevoir de la part des tiers ne sont sanctionnées que par la loi civile dans le cadre du droit commun de l'article 1382 [2]. On dit que cette propriété mobilière se caractérise curieusement en ce qu'elle n'est pas susceptible de vol. En outre, elle est essentiellement précaire : elle s'éteint par le non-usage.

Le dépôt au contraire vient renforcer ce droit de propriété : s'il n'y a aucun usage prioritaire, il assure au propriétaire de la marque un droit absolu et exclusif; désormais son droit est protégé par la loi pénale; celui qui usurpe la marque est assimilé à un voleur et commet le délit de contrefaçon puni de l'amende et de l'emprisonnement.

L'efficacité des garanties correctionnelles est augmentée du concours de l'État dans la poursuite : le timbre de l'État, est en effet, apposé sur la marque et affirme son authenticité. Dès lors le contrefacteur se trouve obligé d'imiter, non seulement la marque, mais aussi le timbre, ce qui le fait tomber sous le coup de l'action publique.

De plus dans les conflits de propriété qui pourraient s'élever avec des tiers, le déposant est présumé propriétaire.

Enfin la propriété de la marque n'est plus susceptible de s'éteindre par le non-usage. Le dépôt conserve la propriété. On dit même qu'il en détermine le contenu et l'étendue. Le déposant peut désormais se prévaloir d'un droit privatif sur la marque pour tous les produits visés dans l'acte de dépôt, sans que l'on puisse lui opposer le défaut d'usage de la marque pour certains produits (à condition, bien entendu, que le tiers ne puisse se prévaloir d'un usage personnel antérieur au dépôt) [3].

Ces transformations considérables sont difficiles à concilier avec l'idée classique selon laquelle l'acte déclaratif n'a aucune influence sur le droit antérieur. Aussi n'est-il pas surprenant que

1. Cf. Piola Caselli, *A propos des marques de fait, Annuario di diritto comparato*, 1932-1933-1934, vol. III, fasc. II, partie III.

2. D. *Rép. prat.*, v° *Propriété industrielle*, n° 218; Crim. 8 mars 1901, S. 1905. I.58.

3. A cet égard certains auteurs ont soutenu que le dépôt devenait un mode d'acquisition de la propriété de la marque puisque un commerçant peut revendiquer vis-à-vis des tiers la propriété d'une marque dont il n'a jamais usé. Cf. *Juris-classeur commercial, op. cit.*, n°s 251 à 254.

certains auteurs aient souligné que « les effets du dépôt sont tellement importants qu'ils semblent contredire l'expression traditionnelle de son effet déclaratif [1] ».

Pour ces auteurs, — peu nombreux en vérité [2], — en disant que le dépôt est déclaratif, on s'expose à lui dénier des effets propres qui, en réalité, sont considérables, puisque cette formalité est nécessaire pour permettre au propriétaire de la marque d'exercer son droit avec une efficacité totale. Aussi ces auteurs estiment-ils plus conforme à la vérité de dire que le dépôt est un acte constitutif.

Mais cette théorie tombe dans l'excès contraire car le mot « constitutif » n'est utilisable que si l'on parle d'une création du droit de propriété[3]. Or nous avons vu que ce droit naît de l'usage et non du dépôt.

27. Ainsi une application rigoureuse des idées classiques conduirait logiquement à adopter une position intermédiaire puisque le dépôt ne correspond absolument ni à la définition classique de l'acte déclaratif, ni à celle de l'acte constitutif. Mais il n'est peut-être pas inévitable d'en arriver là.

On peut, en effet, se demander si ce n'est pas la notion classique de l'acte déclaratif qui est en cause : si l'acte déclaratif n'a aucun effet, à quoi sert-il?

La conception classique contient une part de vérité dans la mesure où elle dit que si le dépôt n'est pas constitutif, il est déclaratif. Mais cette analyse est insuffisante dans la mesure où elle laisse de côté les effets propres du dépôt. Celui-ci apparaît comme l'acte qui permet au droit de propriété préexistant, mais affaibli dans ses prérogatives de s'exercer désormais d'une manière

1. Invrea, *Il carattera costitutivo del deposito del marchio. Rivista del diritto commerciale*, 1932-251.

2. En France, Bédarride, *Commentaire des lois sur les brevets d'invention, sur les noms des fabricants, et sur les marques de fabrique.* Paris, 1869, n° 860. En Italie, Invrea, art. précité et *Concurrence déloyale et usurpation de marque*, in *giurisprudenzia italiana*, 1932-236. En Italie, la loi du 30 août 1868 qui fait dépendre l'acquisition du droit d'usage exclusif d'une marque des formalités du dépôt, est interprétée, comme la loi française, dans le sens de l'effet déclaratif du dépôt.

La jurisprudence et la doctrine (cf. Bosio, *Trattato dei marchi e segni distintivi* Turin, 1904, p. 328) paraissent unanimes dans cette opinion, à l'exception de M. Invrea, qui, en se fondant sur deux décisions isolées, (Naples, 27 fév. 1919, et C. de cass. italienne, 20 mars 1925, commentées par M. Albasini Scrosati, *Riv. dir. comm.*, 1929.II.469), augure pour l'avenir un renversement de jurisprudence.

3. C'est ce qu'a bien compris M. Invrea qui s'exprime ainsi : « Dire que le dépôt est constitutif ne veut pas dire que ce dépôt donne nécessairement lieu à l'acquisition de la propriété, mais (*cela veut dire*) qu'il est l'unique forme légale pour effectuer l'*assunsione* de la marque », *art. précit.*, p. 257.

absolue. Il est la formalité indispensable pour que la marque soit complètement opposable au tiers. Cet effet positif n'est nullement incompatible avec la notion d'effet déclaratif. Au contraire, il explique son utilité [1].

§ 2.

LE RÉGIME JURIDIQUE DU DÉPOT

28. Dans la notion classique de l'acte déclaratif les concepts d'effet déclaratif et d'effet rétroactif sont liés et même confondus. L'étude du régime juridique du dépôt fait apparaître au contraire la dissociation de ces deux concepts. Le dépôt a un effet déclaratif mais il n'a jamais un effet rétroactif.

Il ressort de l'analyse que nous avons faite que la nature déclarative du dépôt est la résultante de deux caractères : le dépôt a un effet négatif sur la création du droit de propriété mais il a un effet positif sur l'efficacité de ce droit. Ces deux caractères ont d'importantes conséquences pratiques que nous allons maintenant préciser.

I. — Le dépôt ne crée pas le droit de propriété de la marque

29. La jurisprudence fournit de nombreuses applications de cette idée, mais elles sont très variées et il est difficile de les classer. Aussi nous bornerons-nous à les énumérer.

a) L'irrégularité du dépôt n'affecte pas l'existence du droit de propriété si celui-ci découle d'un usage prioritaire.

C'est ainsi que la nullité du dépôt n'empêche pas le propriétaire de la marque de poursuivre toute usurpation en vertu du droit commun de l'article 1382 : une société américaine, après avoir effectué le dépôt de sa marque aux États-Unis, avait également déposé en France, mais la marque n'avait été enre-

1. Dans une thèse récente : *La notion de transaction. Essai de contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Toulouse, 1947, M. Boyer aboutit à une conclusion approchante, mais analyse différemment les effets propres du dépôt : le dépôt en établissant une présomption de propriété de la marque fait naître au profit du déposant des « prérogatives légales venant limiter le potentiel juridique de tous ». En éteignant les droits possédés par les tiers sur la marque non déposée, le dépôt aurait pour résultat de libérer le droit de propriété de ses entraves antérieures. Cf. p. 366-367.

gistrée aux États-Unis qu'après le dépôt fait en France. Aux termes de l'article 6 de la Convention d'Union de 1883, cette circonstance est un cas de nullité du dépôt. La Chambre des Requêtes de la Cour de cassation a décidé que cette société, malgré la nullité du dépôt pouvait poursuivre l'usurpation de la marque par un tiers en vertu de l'article 1382 [1].

Dans le même ordre d'idées la jurisprudence décide que la péremption du dépôt (le dépôt doit être renouvelé au bout de quinze ans) n'empêche pas le déposant de conserver la propriété de la marque s'il a continué à en faire usage [2].

b) La marque peut valablement se transmettre en l'absence de tout dépôt [3].

c) Les conflits entre deux concurrents sur la même marque se règlent non pas par la priorité dans le dépôt, mais par la priorité dans l'usage.

Le dépôt a simplement pour résultat de créer une présomption de propriété en faveur du déposant. Mais cette présomption n'est pas irréfragable, et il suffira au tiers, pour la détruire, de prouver qu'il avait un droit préexistant au dépôt de la marque ou qu'il a usé de la marque avant le déposant.

C'est ce que la jurisprudence exprime en disant que « le dépôt, ayant simplement un effet déclaratif, l'absence ou le retard dans sa réalisation ne peut frapper de déchéance celui qui ne l'ayant pas effectué, ou l'ayant effectué tardivement peut justifier d'un usage certain et public antérieur aux dépôts ou usages qui pourraient lui être opposés [4] ».

Les tribunaux ont eu l'occasion d'appliquer maintes fois ce principe, et en particulier en faveur des établissements « La Samaritaine » qui soutenaient cette thèse contre divers concurrents aux quatre coins de la France [5].

II. — Le dépôt renforce le droit de propriété et en détermine l'étendue

30. Nous avons déjà signalé les effets importants du dépôt : il offre au propriétaire la garantie correctionnelle de son droit;

1. Req. 21 déc. 1926, S. 1927.I.204; en ce sens : Bordeaux, 28 déc. 1898, sous Cass., 19 fév. 1901, S. 1903.I.118; Civ. 19 fév. 1936, D. H. 1936.179; Civ. 4 août 1941, J. C. P., 1942.II.1860, note Roubier.

2. Bordeaux, 6 juill. 1891, D. P. 1892.II.575 et *Juris-classeur commercial, loc. cit.*

3. Civ. 19 fév. 1936, *Gaz. Trib.*, 1936.I.69; Civ. 4 août 1941, précité.

4. Paris, 4 fév. 1936, *Gaz. Trib.*, 1935.II.426.

5. Cf. les nombreuses références citées au *Juris-classeur commercial*, nos 5232 et suiv.

les tiers qui useront de la marque sans pouvoir justifier d'une priorité dans l'usage seront coupables du délit de contrefaçon. En outre le dépôt détermine le droit du propriétaire : il précise l'étendue de son droit et par là même fixe au regard de tous les éléments de la marque; c'est en consultant la description de la marque dans le dépôt que l'on saura si elle a été contrefaite ou non [1].

En outre le dépôt rend désormais le droit de propriété indépendant de l'usage; dans les conflits qui pourront surgir avec des tiers dont l'usage est postérieur au dépôt, le déposant triomphera, même s'il n'a pas usé de sa marque [2].

Mais tous ces effets se produisent sans rétroactivité, c'est-à-dire que le propriétaire de la marque ne peut pas se prévaloir du dépôt pour poursuivre devant le tribunal correctionnel un concurrent qui se serait servi de la marque avant le dépôt [3]. Une telle rétroactivité serait d'abord une fiction puisqu'elle considérerait le dépôt comme effectué à une date antérieure; elle serait ensuite injuste, comme l'écrit Pouillet : « Comment admettre que le seul fait du dépôt permette de poursuivre correctionnellement une contrefaçon jusque-là considérée comme involontaire et innocente? Le fait qu'à partir du dépôt la contrefaçon sera réputée et présumée consciente, coupable, effacera-t-il le fait admis de la bonne foi antérieure » [4]?

Il faut même aller plus loin et ajouter que le dépôt qui serait opéré postérieurement à l'introduction de l'instance correctionnelle ne rendrait pas rétroactivement la poursuite régulière [5].

Ainsi l'étude du dépôt de marque de fabrique fait apparaître d'une manière certaine l'existence d'un acte déclaratif exclusif de toute rétroactivité.

Il était intéressant de le souligner.

1. Cf. Pouillet, n° 112.
2. Cf. *Juris-classeur commercial*, n^{os} 257 et suiv.
3. *Juris-classeur commercial*, n^{os} 257 et suiv.; cf. également les décisions citées par Pouillet, n° 109 *bis*.

En sens contraire : Rendu, *Traité pratique des marques de fabrique et de commerce et de la concurrence déloyale*, Paris, 1858, n° 69, qui voit dans la rétroactivité une conséquence logique et nécessaire du caractère déclaratif du dépôt; Bédarride, *op. cit.*, n° 62.

4. *Op. cit.*, n° 109.
5. Pouillet, *op. cit.*, n° 109.

CHAPITRE IV

LES RETRAITS

31. Le retrait est la faculté accordée par la loi à certaines personnes de se substituer à l'acquisition d'un bien par un tiers moyennant le versement d'une indemnité.

La place faite dans une société à ce privilège contraire à la liberté contractuelle est déterminée par le législateur en fonction de deux idéologies très différentes : la technique du retrait peut tout d'abord être adaptée à des fins économiques; dans ce cas la faculté de retrait est accordée à certaines communautés sociales, particulièrement respectables ou puissantes, pour consacrer le monopole de leurs membres dans l'appropriation de certaines catégories de biens. En second lieu la technique du retrait peut être adaptée à des fins strictement juridiques; le droit de retrait est alors octroyé, à titre tout à fait exceptionnel, à certaines personnes, sans référence à leur appartenance à une classe sociale ou à une collectivité économique déterminées, à seule fin d'assurer la défense de leurs intérêts légitimes à l'acquisition ou à la conservation d'un bien. Aussi conçoit-on que les applications des retraits soient plus ou moins développées selon que, dans l'appréciation législative de leur opportunité, les considérations politiques au sens large du terme l'emportent ou ne l'emportent pas sur les considérations purement juridiques.

32. L'histoire du droit français est une remarquable illustration de ce phénomène de soumission des retraits à la structure économique et sociale de la nation. C'est sous la féodalité [1] que les facultés de retrait ou de *retenue* se sont progressivement multipliées au bénéfice de la puissance seigneuriale : le retrait féodal préservait le seigneur contre les aliénations du fief par le vassal [2]. Après la disparition de la féodalité les retraits subsis-

1. Il existait toutefois des retraits dès l'époque franque; tel, par exemple, le retrait de *vicinité* qui était accordé à chaque propriétaire de certains villages francs pour éviter l'intrusion des étrangers dans la collectivité rurale dont il faisait partie. Cf. A. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 15e éd., par Genestal, p. 84-85.

2. A. Esmein, *op. cit.*, p. 207.

tèrent au profit principal de la puissance familiale : le retrait lignager et la réserve coutumière protégeaient les parents contre la dispersion des propres par leurs enfants hors de la communauté familiale [1] ; le retrait successoral assurait lui aussi la conservation des biens dans les familles en écartant les étrangers de l'indivision.

Après la Révolution française les applications des retraits devaient considérablement décroître. Soucieux de substituer aux inégalités de l'ancien régime une égalité aussi rigoureuse que possible entre les citoyens, les rédacteurs du Code civil n'ont conservé que les rares retraits qui, dans l'ancien droit, avaient une finalité strictement juridique : le retrait d'indivision [2], destiné à protéger la femme commune en biens contre l'acquisition par la communauté de ses immeubles successoraux, et le retrait litigieux destiné à protéger le débiteur contre les dangers de l'acquisition par un tiers des droits de son créancier. L'un des retraits qui, dans l'ancien droit, favorisaient certaines communautés sociales a toutefois survécu : le retrait successoral ; mais sa raison d'être a changé ; tandis que dans l'ancien droit il consacrait surtout la conservation des biens dans la famille, il est destiné dans le droit moderne à sauvegarder entre les indivisaires une bonne entente que l'intrusion d'un étranger pourrait mettre en péril.

L'effort ainsi réalisé par les rédacteurs du Code civil pour circonscrire les retraits dans leur fonction strictement juridique et pour leur faire dans le droit positif une place exceptionnelle devait être une tentative de courte durée. Les transformations progressives de la structure économique de la nation et l'accélération du mouvement social devaient entraîner, au cours du XX^e siècle, une véritable « renaissance des retraits » [3] et donner à leur fonction économique une vigueur nouvelle : sous le nom plus général de « droits de préemption » [4] le législateur contem-

1. Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, p. 208 et p. 704.

2. La plupart des auteurs dénient d'ailleurs, avec raison nous semble-t-il, au retrait d'indivision le caractère d'un retrait véritable : l'immeuble successoral acquis par le mari commence par devenir propre à la femme, qui a simplement une option pour en accepter ou en refuser l'acquisition ; c'est cette faculté d'option que l'on confond avec un retrait. Cf. Planiol, Ripert et Boulanger, t. III, n° 358 ; Colin-Capitant et Julliot de La Morandière, t. III, n° 224 ; Cass. 27 fév. 1886, S. 86.I.161 ; *contra :* Vialleton, note au S. 1924.II.105.

3. Guyot, *La renaissance des retraits, Rev. crit.*, 1924, p. 101 ; Ripert, *Rev. gén. dt comm.*, 1941, p. 486.

4. Le terme « droit de préemption » si répandu dans le vocabulaire du législateur moderne désignait originairement le retrait proprement dit que Dumoulin appelait : « *jus praelationis* ». Cf. Labbé, *Étude sur les retraits, Rev. crit.*, 1855, p. 142 et suiv.

porain investit les puissances du jour du privilège de retrait : l'ordonnance du 15 août 1945 accorde le droit de retrait à l'administration de l'enregistrement en matière de mutation à titre onéreux en cas d'insuffisance du prix [1]; la loi du 18 avril 1946 l'accorde au fermier contre les aliénations du bien rural par le bailleur [2], la loi du 14 août 1941 l'accorde à l'actionnaire d'une société contre les souscriptions provisoires [3].

Cette résurrection de l'institution s'accompagne d'une complication de sa technique. Le retrait moderne se présente rarement à l'état pur; il vient généralement renforcer un droit d'acquisition prioritaire [4] dont il sanctionne énergiquement la méconnaissance : c'est sur ce type compliqué qu'ont été construits le droit de préemption de l'actionnaire et le droit de préemption du fermier; parfois même, tel le droit de préemption de l'enregistrement, il sanctionne, à la manière d'une sûreté, un droit de créance.

33. Ces transformations techniques et cette recrudescence d'actualité donnent au problème, longtemps délaissé par la doctrine, de la nature juridique des retraits un intérêt nouveau. Problème délicat en raison de la physionomie particulière commune à tous les retraits, et du particularisme apparent de leurs fondements respectifs. Techniquement tous les retraits s'analysent de la même manière : le retrayant n'a aucun rapport avec le cédant, dont il n'est pas l'ayant cause; mais il n'est pas non plus l'ayant cause du retrayé en ce sens qu'il a le droit de méconnaître les actes juridiques accomplis par ce dernier sur le bien retrayé : il doit simplement lui verser une indemnité. Quant au retrayé, il reste toujours lié contractuellement au cédant à qui il est tenu de payer le prix de la vente initiale.

La difficulté de définir théoriquement cette situation vient de ce que deux explications sont *a priori* soutenables et de ce que la première paraît convenir plus particulièrement aux retraits traditionnels tandis que la seconde semble convenir davantage aux retraits modernes.

1. J. L., *Le droit de préemption de l'Enregistrement*, J. C. P. 1947.I.608.

2. Savatier, *Le régime nouveau du droit de préemption des domaines ruraux*, J. C. P., 1946.I.536; Ourliac et de Juglart, *Fermage et métayage*, 2e éd., p. 126, nº 102.

3. Ripert, *Le droit de souscription aux actions nouvelles et la loi du 14 août 1941*, *Rev. gén. dt comm.*, 1941, p. 486.

4. Le droit d'acquisition prioritaire existe souvent à l'état pur : tel le droit de priorité accordé aux préfets par la loi du 4 octobre 1946 pour l'acquisition de certaines denrées alimentaires. Cf. Levasseur, *Les armes nouvelles accordées au ministre du Ravitaillement*. J. C. P., 1947.I.588.

*

Qu'ils fussent adaptés à une destination économique ou à une destination juridique les retraits présentaient dans l'ancien droit et dans le Code civil un caractère purement défensif et conservateur : il s'agissait, principalement avant la Révolution, moins d'acquérir un bien nouveau que d'empêcher la fuite d'un bien hors d'une communauté homogène qui en possédait la propriété éminente [1]. Aussi se réfère-t-on tout naturellement au concept de déclarativité pour caractériser cette situation juridique : le retrait paraît être la simple mise en œuvre d'un droit préexistant.

Mais l'idée d'effet déclaratif paraît beaucoup moins bien convenir aux retraits modernes à propos desquels la notion « d'expropriation pour cause d'utilité privée » vient spontanément à l'esprit : le droit de préemption du fermier est en quelque sorte l'instrument de reconstitution d'une féodalité à rebours; le fermier n'a pas le domaine éminent du bien qu'il cultive, mais il tend à l'acquérir à l'aide du retrait.

Faut-il donc distinguer deux sortes de retraits, des retraits déclaratifs et des retraits constitutifs? Nous essayerons de répondre à cette question en vérifiant à propos de l'ensemble des retraits la valeur de la théorie déclarative, traditionnelle en France.

SECTION I

ÉTUDE CRITIQUE DE L'APPLICATION AU RETRAIT DE LA THÉORIE DÉCLARATIVE

Pour apprécier la valeur de la théorie déclarative, nous nous placerons à un double point de vue : au point de vue théorique et au point de vue pratique.

§ 1.

VALEUR THÉORIQUE DE LA CONCEPTION DÉCLARATIVE

34. En vérité la théorie déclarative n'est nulle part exprimée sous une forme systématique et logique : l'expression de l'effet déclaratif du retrait vient donner plus de force à tel ou tel

1. Le terme de faculté de « retenue » couramment employé dans l'ancien droit est significatif.

argument particulier, mais elle ne fait jamais l'objet d'une démonstration ample et rigoureuse. Il n'est cependant pas impossible de dégager les arguments essentiels qui en sont le soutien.

Le plus souvent, pour mettre en lumière le caractère déclaratif du retrait, les auteurs se bornent à souligner son absence d'effet translatif : telle était, d'ailleurs, l'attitude générale de la doctrine dans l'ancien droit.

Parfois, — surtout depuis quelques années —, on va plus loin et on essaye de justifier l'effet déclaratif par la préexistence du droit du retrayant. Nous allons examiner successivement ces deux points de vue.

I. — La justification de l'effet déclaratif du retrait par son absence d'effet translatif

Le raisonnement que nous allons décrire et apprécier comporte deux aspects qu'il n'est pas inutile de distinguer pour plus de clarté.

A. — *La démonstration de l'absence d'effet translatif du retrait.*

35. Deux systèmes très différents sont proposés pour expliquer le mécanisme réalisateur du retrait et son absence d'effet translatif. Pour certains auteurs le retrait doit s'analyser en une subrogation personnelle; pour quelques autres, beaucoup plus rares d'ailleurs, il faut faire appel à la notion de renonciation abdicative.

L'explication du retrait par la notion de subrogation personnelle est classique : elle était courante dans l'ancien droit, et c'est elle que proposait Pothier [1].

C'est à cette idée que se rallie la quasi-totalité des auteurs contemporains, qui se plait à souligner que la subrogation est la « conséquence maîtresse » du retrait [2]. Le retrayant est subrogé au retrayé en ce qui concerne tous les droits résultant de la cession primitive; il prend sa place, de telle sorte que le retrayé

1. Cf. Pothier, *Des retraits*, p. 374; cf. Desjardins, *Du retrait de droits litigieux*, *Rev. prat.* 1868, p. 138 et suiv. Desjardins, *Du retrait successoral*, *Rev. prat.* 1870, p. 497 et suiv. Cauvy, *Le retrait successoral.* Thèse, Paris 1928. Maillard, *Coutume d'Artois*, t. III, nº 5; Merlin, *Rép.*, vº *Retrait.*

2. Vialleton, note au S. 1932.II.217; Beudant et Brethe de la Gressaye, t. VI, nº 404; Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, *Traité pratique*, t. IV, nº 561; Demolombe, t. XVI, nº 139; Labbé, *Étude sur les retraits*, *Rev. crit.*, 1855, p. 142 et suiv.; Cauvy, *op. cit.*, p. 215.

disparaît *perinde ac si non emisset*, dit-on volontiers. L'explication ainsi découverte prend un air d'évidence propre à emporter immédiatement la conviction; aussi tous les auteurs se bornent-ils à l'exprimer en quelques lignes, sans plus de discussion.

Une telle assurance ne laisse cependant pas de surprendre quelque peu, car un examen attentif de l'idée de subrogation révèle l'inexactitude de son application au retrait. Tout d'abord cette idée n'explique pas la survivance d'un lien contractuel entre le cédant et le retrayé; il y a peut-être une subrogation du retrayant aux droits du retrayé; mais il n'y a pas de subrogation du retrayant aux obligations du retrayé [1]. Ce dernier reste tenu de payer le prix au cédant; le retrayant, au contraire, n'a aucun rapport avec le cédant : ce serait cependant une conséquence normale et logique de la subrogation.

D'autre part, le recours à l'idée de subrogation nous paraît mal choisi pour justifier l'absence d'effet translatif du retrait : on enseigne généralement, en effet, que la subrogation est une opération translative [2], ou en tout cas qu'elle produit des conséquences analogues à une opération translative, le subrogé prenant les droits ou les biens dans l'état où ils se trouvaient dans les mains de leur titulaire précédent. Or, tel n'est pas le cas dans le retrait, qui produit un effet rétroactif et par conséquent anéantit tous les actes consentis sur le bien par le retrayé : l'idée de subrogation est impuissante à expliquer ce résultat. Aubry et Rau l'avaient bien senti; aussi préféraient-ils parler de « substitution rétroactive d'un nouveau cessionnaire à l'ancien [3] ».

Ainsi, pour les deux raisons essentielles que nous venons d'exposer le recours à l'idée de subrogation nous paraît-il peu satisfaisant pour démontrer l'absence d'effet translatif du retrait.

C'est dans une perspective quelque peu différente que M. Picard a cherché à décrire le mécanisme et la nature du retrait. Selon cet auteur, qui d'ailleurs ne développe pas sa pensée à cet égard, il faudrait assimiler le retrait à un acte purement abdicatif [4]. Le retrayé renoncerait d'une manière purement abdicative à ses droits sur le bien qui a fait l'objet de la cession primitive.

Les défauts de cette analyse apparaissent immédiatement : tout d'abord d'un point de vue technique, elle est contraire à

1. Cf. Maury et Vialleton, *op. cit.*, t. IV, n° 561.
2. Cf. Planiol, Ripert et Boulanger, t. II, n^{os} 1772 et suiv.
3. Aubry et Rau, t. X, § 621 *ter*, p. 47 et t. V, p. 247, note 14 *bis*.
4. Planiol, Ripert et Picard, *Traité pratique. Les biens*, p. 619, n° 642.

la logique : le retrait est imposé à l'acquéreur primitif, qui le subit mais ne l'accepte pas de son plein gré [1]

D'autre part, même en supposant possible cette abdication du retrayé, le recours à l'idée abdicative est impuissant à justifier l'effet rétroactif du retrait. N'est-il pas, en effet, contraire, à la logique qu'un acte abdicatif soit rétroactif? C'est ce que suggère très pertinemment M. Breton : « Un individu était depuis un certain temps titulaire d'un droit; il peut l'abdiquer à tout moment, mais il n'est pas en son pouvoir de faire qu'il n'en ait pas été titulaire entre l'instant où il l'a acquis et celui où il abdique. Le droit est réputé lui avoir appartenu jusqu'à ce dernier instant [2] ».

Ainsi, les deux justifications classiques de l'absence d'effet translatif du retrait sont-elles quelque peu décevantes.

Sans nous arrêter pour l'instant à discuter le point de savoir si, en fait, le retrait est ou n'est pas translatif — nous pensons personnellement qu'en principe la thèse classique est exacte, le retrait n'est pas translatif — il nous faut maintenant examiner le corollaire des idées que nous venons de décrire : puisqu'il n'est pas translatif, le retrait est déclaratif.

B. — *La démonstration de l'effet déclaratif du retrait.*

36. Nulle part exprimée formellement, la démonstration de l'effet déclaratif du retrait par son absence d'effet translatif est partout latente et suggérée.

L'absence d'effet translatif de l'acte déclaratif est un point sur lequel tout le monde est généralement d'accord. Aussi n'est-il pas surprenant que l'on ait tiré parti de cet effet négatif du retrait pour affirmer son caractère déclaratif.

Mais toute la question est de savoir si par le seul fait qu'il n'est pas translatif un acte juridique est automatiquement déclaratif. Rien n'est plus douteux à notre avis : tout d'abord la théorie classique de l'acte déclaratif elle-même prend soin de souligner le caractère révélateur qui est inhérent à cet acte [3]; le retrait ne révèle rien. D'autre part, il existe dans le droit positif des exemples d'actes juridiques qui, tout en n'étant pas

1. Cf. les critiques de M. Durand (*Rev. Crit.* 1936, p. 172) et de M. Voirin, *Cours de droit civil* de Ch. Beudant, t. IV, *Les biens*, p. 707, note 1.

2. Breton, *Théorie générale de la renonciation aux droits réels. Rev. trim.*, 1928, p. 341; cf. ég. en ce sens : Sibiciano. Thèse, Paris, 1932, p. 201, nº 193.

3. Voir la description de cette théorie dans notre introduction générale, *supra*, nº 1 et suiv.

translatifs ne sont pas cependant déclaratifs : les actes extinctifs de droit, en particulier, comme la remise de dette. Il y a enfin des faits juridiques comme la réalisation d'une prescription acquisitive qui ne sont pas translatifs mais auxquels on ne saurait non plus reconnaître un effet déclaratif.

Aussi, à côté de l'absence d'effet translatif faut-il une condition supplémentaire pour qu'un acte soit déclaratif : il doit avoir pour objet un droit préexistant.

Ce droit préexistant se retrouve-t-il dans l'économie du retrait? Certains auteurs l'ont prétendu. C'est ce deuxième aspect de la théorie déclarative qu'il nous faut maintenant examiner.

II. — La justification de l'effet déclaratif du retrait par la préexistence du droit du retrayant

Si les auteurs dont nous allons parler sont généralement d'accord pour admettre que le retrait a pour fondement un droit préexistant, leurs avis diffèrent lorsqu'il s'agit de déterminer la nature de ce droit.

Pour les uns, il s'agirait d'un véritable droit de propriété sur la chose, mais d'un droit de propriété éventuel. Pour d'autres, il s'agirait simplement d'un droit d'acquérir la chose.

A. — *Le droit de propriété sous-jacent du retrayant.*

37. Selon Pilon et plusieurs autres auteurs, les retraits répondent à cette idée « qu'une personne qui n'est pas propriétaire d'un bien a comme un droit éventuel à le devenir [1] ».

Le retrayant aurait sur la chose un droit de propriété sous-jacent que le retrait ne ferait que concrétiser.

Cette idée est à première vue séduisante; mais elle s'avère, à l'analyse, bien fragile.

Tout d'abord, il n'est pas toujours facile de déceler l'existence d'un droit, même éventuel, de propriété au profit du retrayant : sans doute ce droit existe-t-il en cas de retrait successoral; le retrayant avait une vocation à la propriété exclusive des biens héréditaires. Mais si l'on envisage les autres retraits,

1. Pilon, *Principes et technique du droit d'enregistrement*. T. I., nº 1170; cf. ég. Giard, *Les retraits dans le Nord de la France*. Thèse, Paris 1900, p. 3. (Les retraits pour cet auteur s'expliquent par un droit supérieur reconnu au retrayant sur la chose). Cf. J. L., *Le droit de préemption de l'Administration de l'Enregistrement*, J. C. P., 1947.I. 608.

il faut bien reconnaître que ce droit éventuel est difficilement perceptible : en matière de retrait litigieux, le débiteur qui reprend sa dette à son compte n'avait sur elle aucun droit préexistant; quant aux retraits modernes, ils ne sont pas plus démonstratifs de l'analyse de Pilon : il n'est pas possible d'admettre que l'administration de l'Enregistrement a un droit éventuel de propriété sur les biens des contribuables ou que le fermier a un droit préexistant sur le domaine qu'il exploite; on ne pourrait soutenir le contraire qu'en parlant d'un « droit de propriété éminente de l'État sur les biens des particuliers », ou en donnant une signification juridique au slogan selon lequel « la terre est à celui qui la cultive [1] »; or, l'une et l'autre de ces idées ne traduisent encore une réalité certaine : l'avenir les consacrera peut-être, mais dans l'immédiat, elles ne correspondent pas au droit positif.

Au surplus, quelle que soit la valeur de la notion de droit éventuel de propriété ainsi mise en avant, celle-ci ne suffit pas à rendre le retrait déclaratif : il faudrait pour cela qu'il s'agisse d'un droit réellement et certainement préexistant, autrement dit que le retrayant ait eu la propriété du bien depuis le jour où le cédant l'a aliénée. Or, la notion même du retrait suppose le contraire, puisque, par hypothèse, la propriété du bien a été régulièrement transmise par le cédant au futur retrayé.

Aussi, certains auteurs raisonnent-ils d'une manière différente et plus réaliste.

B. — *Le droit d'acquisition du retrayant.*

38. Pour M. Voirin, c'est la cession primitive qui engendre au profit du retrayant, un droit « latent » à obtenir la propriété de la chose cédée. C'est pour cela que le retrait serait déclaratif [2] :

« La cession d'un droit litigieux ou du droit d'héritier à un tiers étranger à l'hérédité, l'acquisition par un mari d'une part dans l'immeuble indivis dont sa femme est copropriétaire font naître, dira-t-on, au profit de l'adversaire, des cohéritiers ou de la femme un droit latent à la chose cédée; ce droit naît par le fait de la cession elle-même, mais il est latent; il n'est « révélé » que par l'exercice du retrait litigieux, successoral ou d'indivision. Jusque-là, par conséquent, et aussi longtemps que le retrait est possible, le titulaire véritable du droit cédé est incer-

1. Voir les observations, à cet égard, de M. du Garreau de la Méchenie, S. 1946.II.108.

2. Voirin, *op. cit.*, p. 706, 3°.

tain : est-ce le cessionnaire? Est-ce, au contraire, l'adversaire ou un cohéritier du cédant ou la femme du cessionnaire? L'incertitude ne prend fin que par l'exercice du retrait ou l'expiration du délai pendant lequel son exercice est possible.

Or, le retrait est l'acte par lequel le retrayant, prenant à son compte la cession faite à un tiers, réalise le droit latent que cette cession a fait naître à son profit; le retrait, transformant le droit latent en un droit manifeste, est donc déclaratif ».

Cette analyse, très ingénieuse et très fine, est beaucoup plus près de la réalité que la précédente : en définissant le droit préexistant comme un simple droit d'acquérir, M. Voirin met l'accent sur un aspect véritable du retrait. Ses idées prennent en outre, un relief plus saisissant encore si l'on songe que certains retraits sont la conséquence non plus d'un droit d'acquérir à la suite d'une cession, mais d'un véritable droit de priorité dans l'acquisition d'un bien, comme le droit de préemption du fermier.

Cependant nous ne pensons pas que ce droit d'acquisition préalable ait en lui-même la vertu de rendre le retrait déclaratif. Il existe, en effet, une autre institution fondée sur un droit d'acquisition préalable qui peut fournir utilement un point de comparaison : c'est la cession forcée de mitoyenneté; le voisin dont l'héritage joint un fossé, une haie ou un mur mitoyens peut forcer le propriétaire contigu à lui céder la mitoyenneté (article 668 du Code civil); il a un droit d'acquisition forcée, comme le retrayant; mais la cession n'est pas déclarative, elle est translative.

Pour que le retrait soit déclaratif, il faudrait que le droit préexistant soit un véritable droit de propriété sur la chose.

Ainsi, toutes les explications échafaudées par la doctrine pour mettre en lumière le caractère déclaratif des retraits résistent à l'examen et paraissent erronées.

Ces erreurs théoriques ne sont pas sans avoir en pratique de fâcheuses conséquences.

§ 2.

VALEUR PRATIQUE DE LA THÉORIE DÉCLARATIVE

39. En fait, si la doctrine prend tellement de peine pour démontrer le caractère déclaratif du retrait, c'est dans le but précis de donner à la rétroactivité de cet acte un fondement

naturel. Puisque le retrait est déclaratif, il est absolument normal que tout se passe comme si le retrayant avait acquis le bien au jour du contrat primitif.

Mais, si l'on admet avec nous que le retrait n'est pas déclaratif, le fondement ainsi donné à son effet rétroactif se dérobe et les formules doctrinales changent de signification : au lieu d'être l'expression d'un phénomène naturel, elles deviennent l'expression d'une fiction car ce n'est qu'en méconnaissant la réalité que l'on peut soutenir que le retrayant a acquis le bien au jour du contrat primitif et que le retrayé n'a jamais eu la propriété de ce bien.

Les auteurs classiques, dupes de leurs propres formules dans lesquelles ils voyaient l'expression d'une réalité rigoureuse, leur ont donné parfois une extension considérable, tout à fait dans la logique de l'effet déclaratif, mais absolument injustifiée dans la mesure où la notion d'effet déclaratif du retrait est fausse.

Au lieu de limiter l'effet rétroactif du retrait à son objet traditionnel, c'est-à-dire à l'anéantissement des actes juridiques conclus par le retrayé sur le bien, ils ont été tentés de faire jouer cet effet rétroactif dans les rapports du retrayant avec ses ayants cause.

Voici un exemple précis : une femme se marie en dotalisant tous ses biens présents; au jour du mariage, une cession de droits indivis consentie à un tiers par un de ses cohéritiers ouvre pour elle la faculté d'exercer le retrait successoral; mais elle n'exerce effectivement le retrait que postérieurement à la célébration du mariage. Le bien ainsi obtenu par elle pouvait-il être considéré comme un bien « présent » et par conséquent comme un bien dotal?

Oui, répondaient certains auteurs : en vertu de l'effet déclaratif du retrait, la femme est censée avoir acquis le bien au jour du contrat primitif, donc avant la constitution de dot [1].

Une telle solution eut été manifestement injuste et erronée : acceptable si le retrait est déclaratif, elle ne saurait être adoptée dans le cas contraire. Ainsi, la jurisprudence a-t-elle écarté dans ce cas, le jeu de l'effet rétroactif [2].

***

Il est cependant incontestable que le retrait produit un effet rétroactif dans les rapports du retrayant et du retrayé et l'on

1. Cf. les références données par Wahl, S. 1893.I.17.
2. Civ., 31 mai 1859, D. P. 59.I.241 et la note; S. 1859.I.662, note Labbé.

ne saurait songer à nier cette donnée du droit positif sous le seul prétexte que le retrait n'est pas déclaratif.

Il n'est pas non plus question de donner à cet effet rétroactif une fiction pour fondement. Tout recours à la fiction dans l'explication de la nature des institutions nous paraît une solution paresseuse : la fiction cache toujours un aspect de réalité qu'il faut essayer de découvrir.

Quelle est la nature du retrait? Quel est le fondement de son effet rétroactif? Telles sont maintenant, en dehors de toute référence à la notion d'acte déclaratif, les questions qu'il nous faut essayer de résoudre.

SECTION II

ANALYSE PROPOSÉE

Il n'est nullement dans notre intention de nous livrer ici à la construction d'une théorie générale du retrait. Tout au plus, nous bornerons-nous à faire quelques observations simples et limitées sur sa nature et sur ses effets.

§ 1.

LA NATURE DU RETRAIT

Le retrait n'étant pas déclaratif, est-il translatif? C'est la première question qu'il nous faut examiner..

I. — Le retrait n'est pas un acte translatif.

40. Wahl, contrairement à l'avis unanime de la doctrine, a soutenu dans une note au Sirey que le retrait devait s'analyser très strictement en une vente [1]. En effet, d'après lui, l'opération réunirait des éléments constitutifs qui, seuls, se rencontrent dans la vente. Le retrait comporte une chose, le bien qui a fait l'objet de la cession primitive; un prix en argent, la somme à rembourser; un vendeur, le retrayé; et un acheteur, le retrayant.

1. Wahl, note, S. 1893.I.17 sous Cass. 27 janv. 1892.

Sur un seul point, en vérité capital, les deux institutions diffèrent : le retrait s'effectue sans que le consentement du retrayé soit nécessaire ; il se réalise même contre sa volonté. Mais il ne s'agirait pas là d'un obstacle insurmontable car « la vente n'est pas nécessairement un contrat » et rien ne s'oppose à ce qu'il y ait des ventes effectuées en dehors de tout consentement : l'expropriation pour cause d'utilité publique est une très sûre illustration de cette possibilité ; elle produit tous les effets d'une vente et cependant, elle s'opère en l'absence du consentement du propriétaire. Cet argument, qui au moment où Wahl le formulait était bien fait pour entraîner des protestations unanimes au nom du principe sacré de l'autonomie de la volonté, a trouvé de nos jours un écho et un perfectionnement remarquable dans les travaux de M. Durand qui voit dans le retrait un « rapport contractuel d'origine légale » [1]. Il s'agirait, selon l'éminent civiliste, d'une application particulière d'une technique législative très répandue dans le droit moderne et qui, au surplus, se justifie très logiquement sur le terrain des principes :

« Les règles des rapports contractuels, écrit M. Durand, sont très complètement élaborées. Aux théories générales venues du droit romain et de notre ancien droit, aux règles déjà complètes que contient notre Code civil, se sont ajoutées les abondantes réglementations des lois modernes et les constructions de la jurisprudence. Étendre à un rapport légal les règles du rapport contractuel permet à la fois d'alléger l'œuvre législative, d'éviter les lacunes possibles de la loi et de soumettre le lien d'obligation à des dispositions dont une longue pratique a déjà éprouvé la valeur [2] ».

Ces arguments, fort soutenables sur le terrain général des principes, se heurtent cependant en ce qui concerne le retrait à une objection capitale : si le législateur avait étendu au retrait les règles du rapport contractuel et, en particulier, celles de la vente, le retrayant devrait subir toutes les conséquences du lien d'ayant cause qui le rattacherait au retrayé, et, de ce fait, tous les actes juridiques accomplis sur le bien par ce dernier avant le retrait devraient être maintenus. Or, il n'en est rien, puisque la caractéristique la plus remarquable du retrait réside dans son effet rétroactif.

Le retrait n'est donc pas un acte translatif et sous réserve

1. Durand, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel. Rev. trim.*, 1944, spéc. p. 95.
2. Article précité, p. 89.

des critiques que nous avons adressées à la justification qu'ils fournissent, nous sommes sur ce point d'accord avec les auteurs classiques [1].

II. — Le retrait est un acte « acquisitif »

41. Toute théorie proposée sur la nature du retrait doit absolument rendre compte de ces deux singularités :

— le retrayant n'est relié à personne par un lien contractuel : il n'est pas contractuellement l'ayant cause du cédant; il n'est pas davantage l'ayant cause du cédé;

— d'autre part, jusqu'au jour où il exerce le retrait, le retrayant n'a pas la propriété du droit ou du bien qui fera l'objet du retrait; celui-ci appartient à l'acquéreur primitif, le futur retrayé.

Ces deux caractères excluent le retrait de la catégorie des actes déclaratifs et des actes translatifs. Quelle est alors sa nature exacte?

Elle est, en vérité, facile à déceler si l'on songe qu'il y a dans notre droit une institution qui présente avec le retrait d'étroits rapports : c'est la prescription acquisitive. Le titulaire du droit prescrit n'est pas l'ayant cause du propriétaire évincé puisque la rétroactivité de la prescription a précisément pour but de briser les conséquences normales du lien d'ayant cause à auteur; le titulaire du droit prescrit ne pouvait d'autre part, prétendre avoir avant l'accomplissement de la prescription, un droit de propriété sur l'immeuble : la prescription apparaît ainsi comme un fait juridique à mi-chemin entre le fait déclaratif et le fait translatif : C'est un fait « acquisitif ». De même, le retrait, dans le domaine des actes juridiques, appartient à une catégorie autonome d'actes juridiques, les actes « acquisitifs » de droits.

Cette analyse est, à notre avis, la seule susceptible de rendre compte des aspects multiples du retrait. Elle a, en particulier, l'avantage d'expliquer que le retrayé reste toujours en rapport avec le cédant : l'acquisition par retrait est, en effet, une opération qui ne doit pas être isolée de la cession primitive à laquelle elle reste étroitement subordonnée. Le retrait, il ne faut pas l'oublier, a sa cause et sa raison d'être dans la cession primitive. Sans cette cession primitive d'un droit litigieux à un tiers,

1. Sur l'opposition traditionnelle du retrait et de la vente, voir Aubry et Rau, t. X, § 621 *ter*, p. 147, note 64.

d'un droit indivis à un tiers, d'un droit de propriété rurale à un tiers ou plus simplement d'un droit de propriété quelconque à un tiers, il ne saurait y avoir de retrait litigieux, de retrait successoral, de droit de préemption du fermier ou de l'administration de l'enregistrement. En outre, lorsque la vente initiale disparaît pour une cause quelconque d'invalidité, le retrait devient sans cause et doit lui aussi disparaître; ainsi le retrait ne doit pas faire obstacle à l'annulation ou à la rescision pour lésion de la vente initiale [1].

L'analyse que nous proposons a, enfin, un autre avantage : elle permet d'expliquer la rétroactivité du retrait d'une manière toute naturelle, exclusive à la fois de toute référence à la notion de déclarativité ou à celle de fiction.

§ 2.

LE FONDEMENT DE L'EFFET RÉTROACTIF DU RETRAIT

42. L'effet rétroactif tient à la nature même de tout acte ou de tout fait « acquisitif » de droit : c'est parce que la prescription confère à une personne le droit qui auparavant appartenait à une autre, sans qu'il y ait entre ces deux personnes un lien d'ayant cause à auteur, qu'elle produit un effet rétroactif.

De même, c'est parce que le retrait réalise une acquisition de droit en dehors de tout lien d'ayant cause à auteur entre le retrayant et le retrayé que la rétroactivité est normalement attachée à cet acte : l'effet rétroactif, — c'est-à-dire l'anéantissement des actes juridiques accomplis par le propriétaire intérimaire sur le bien retrayé — est un procédé technique destiné à briser les conséquences du lien *apparent* d'ayant cause à auteur entre le retrayant et le retrayé.

En dehors de ce fondement strictement technique, l'effet rétroactif du retrait se justifie par des considérations de pure logique : il est la garantie indispensable à la réalisation effective

1. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence qui admet la recevabilité de l'action en rescission pour lésion de plus des sept douzièmes contre une vente d'immeubles qui a fait l'objet d'une préemption de l'administration de l'Enregistrement nous paraît tout à fait orthodoxe et mérite d'être encouragée. Cf. Poitiers, 14 mai 1945, S. 1946.II.109, note du Garreau de la Méchenie; Limoges, 4 fév. 1947, J. C. P. 1947.II.3550; observ. Carbonnier. *Rev. trim.*, 1944, p. 119.

du retrait. Ce qu'ont fort bien compris certains auteurs tels que Wahl et Josserand :

« La rétroactivité, écrivait Wahl, s'impose comme une nécessité quelle que soit l'opinion que l'on ait sur la nature du retrait. Le droit d'exercer le retrait n'existerait qu'en théorie s'il était permis au retrayé, soit de profiter des avantages produits par la cession, soit de vendre les biens acquis, ou de les grever d'hypothèques [1] ».

Et, de son côté, Josserand soulignait que « sans cette rétroactivité rédemptrice, le retrait faillirait à sa mission » [2].

Ainsi, l'effet rétroactif du retrait ne doit nullement être considéré comme une fiction. Il tient, au contraire, à la nature de cet acte dont il est le complément technique indispensable.

Il ne saurait, en vérité, apparaître de fiction dans le mécanisme de cette rétroactivité que si, pour la justifier, on se croyait obligé d'antidater le retrait et de supposer que « le retrayant est censé avoir eu la propriété du bien depuis le jour où la cession primitive a été consentie » et que inversement « le retrayé est censé n'avoir jamais eu la propriété du bien ». Un tel raisonnement contiendrait une contre-vérité.

Mais le fondement que nous donnons à l'effet rétroactif évite de recourir à ces artifices dangereux et inutiles.

C'est *à sa date* que le retrait produit tous ses effets : c'est au jour même où il est exercé que les effets du retrait réagissent sur des actes antérieurement valables pour les anéantir.

L'effet rétroactif, bien loin de faire abstraction de la situation antérieure, implique nécessairement son existence : il suppose que les actes qu'il va mettre à néant étaient à l'origine valables.

C'est la raison pour laquelle la jurisprudence essaye toujours de concilier l'effet rétroactif d'un acte et d'un fait juridique avec la nécessité de tenir compte, dans une certaine mesure, de la réalité de la situation passée : les tribunaux laissent jouer la rétroactivité contre les actes de disposition mais maintiennent les actes d'administration.

Cette conciliation peut aussi se faire à propos du retrait [3] : elle est même imposée par l'économie de l'opération. En effet, le retrait n'a pas pour conséquence de faire disparaître rétroactivement la personne du retrayé : celui-ci reste toujours en relation juridique avec le cédant; il a eu, pendant un certain temps,

1 Wahl, note au S. 1893.I.17.

2. Josserand, *Cours de droit civil*, t. III, nº 68.

3. La jurisprudence ne fournit aucun exemple — à notre connaissance, tout au moins — de cette conciliation, si fréquente dans d'autres domaines du droit.

la propriété du bien retrayé. Dès lors, pourquoi n'essayerait-on pas de circonscrire le jeu de l'effet rétroactif à la mesure exacte de son utilité : celle-ci consiste à assurer la libre réalisation du retrait en évitant que le retrayé puisse faire échapper le bien à la main-mise du retrayant. Il faudrait faire une discrimination entre les actes juridiques dont le maintien serait susceptible de faire échec au retrait et ceux dont l'incidence sur la réalisation du retrait serait nulle : le critère est ici bien simple et rejoint celui des actes de disposition et des actes d'administration; tout acte susceptible de faire échapper dans l'immédiat (vente), ou dans le futur (hypothèque) la propriété du bien entre les mains du retrayant devrait être anéanti; au contraire, tous les autres actes devraient être maintenus.

LIVRE II

LES JUGEMENTS

43. On dit, d'une manière générale, que les jugements sont déclaratifs de droits : ils se bornent à constater un droit préexistant sans le modifier et sans le transformer [1]. « Le rôle du jugement, écrit M. Léon Mazeaud, est comparable à celui d'un révélateur qui, sur une plaque photographique obscure, fait apparaître l'image encore invisible mais déjà imprimée [2]. »

On tire de cette affirmation préliminaire une conséquence logique très importante : puisque le jugement se borne à reconnaître l'existence d'un droit antérieur, ce jugement doit normalement rétroagir jusqu'au jour de la naissance de ce droit. En outre, puisque le jugement a pour objet de déclarer la vérité préexistante entre les parties, il ne faut pas que cette déclaration qui ne concerne que des rapports privés soit opposable aux tiers : c'est la règle de l'autorité relative de la chose jugée que l'on rattache indirectement parfois au caractère déclaratif du jugement.

Mais ces principes ne peuvent s'appliquer qu'à la majorité des jugements. Certains jugements, en effet, ne répondent pas à la définition classique de l'acte déclaratif : il est impossible de dire, par exemple, que le jugement de divorce se borne à reconnaître un droit préexistant; avant la sentence qui prononce la rupture du lien matrimonial, les époux n'avaient pas en droit la situation d'époux divorcés; c'est le juge qui, par un acte de volonté, les fait passer de l'état de gens mariés à l'état de divorcés. Ce rôle, un peu spécial du juge se retrouve dans un certain nombre d'hypothèses analogues et, en particulier, dans les jugements relatifs au changement d'état ou de capacité : séparation de corps, interdiction judiciaire, faillite, etc. On dit alors que ces jugements forment une catégorie spéciale et exception-

1. Montagne, *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements*. Thèse, Paris, 1912, p. 32 et suiv.; Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, 4e éd., p. 477 et suiv.; Morel, *Traité de procédure civile*, nº 42 et nº 575; Glasson et Tissier, *Précis de procédure civile*, t. I, p.123. Cpr. avec la définition classique de l'acte déclaratif en général, *supra*, nº 3.

2. Léon Mazeaud, *La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit*, *Rev. Trim.*, 1929, p. 31.

nelle : ils créent une situation nouvelle ou des droits nouveaux; ce sont des jugements constitutifs de droits [1].

De l'antinomie de cette dernière catégorie de sentences et des jugements déclaratifs, on déduit des conséquences pratiques opposées : au lieu de rétroagir, le jugement constitutif ne doit produire ses effets qu'à sa date. Au lieu d'avoir une autorité relative, il a une autorité absolue, car s'il crée un droit, il est logique que la création de ce droit soit opposable à tout le monde.

Une apparente unanimité se forme en doctrine et en jurisprudence autour de cette distinction qui, verbalement, a pour ancêtre Merlin [2], et techniquement, paraît avoir été faite par les Romains lorsqu'ils distinguaient dans les pouvoirs du juge la *Jurisdictio* et l'*Imperium*.

Le prestige et le crédit de cette distinction semblent cependant subir, depuis plusieurs années, un affaiblissement assez considérable.

Un lent et patient travail d'une partie, — il est vrai limitée, — de la doctrine [3] a fait apparaître qu'il est rarement possible, en pratique, d'admettre d'une manière absolue les conséquences que l'on attache habituellement au caractère déclaratif ou au caractère constitutif d'un jugement. En fait, le régime juridique du jugement déclaratif n'est pas exclusif de certains emprunts au régime juridique du jugement constitutif — et vice versa.

En outre, au point de vue théorique, certains auteurs [4] ont montré qu'aucun jugement ne correspond tout à fait à la définition classique du jugement déclaratif ou du jugement constitutif. Tout jugement déclaratif serait pour partie constitutif; et tout jugement constitutif serait pour partie déclaratif.

De telle sorte que, à la lueur de ces observations, une nouvelle tendance semble s'attacher plus volontiers de nos jours au caractère complexe de tout jugement et, pour certains auteurs, la plupart des jugements seraient à la fois déclaratifs et constitutifs [5].

1. Cf. les auteurs cités à la note 1 de la page précédente.

2. Merlin, *Rép.*, t. 18, v° *Questions d'État*, § 3, art. 1; Esmein, *Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*. Thèse, Paris, 1914, p. 9 et suiv.

3. Montagne, *op. cit.*; Esmein, *op. cit.*; Weil, *L'effet déclaratif des jugements*. Thèse, Dijon, 1926, p. 7 et suiv.; Bartin sur Aubry et Rau, t. XII, § 769, p. 424, note 62 *quater* et, dans une certaine mesure, Mazeaud, article précité.

4. L. Mazeaud, article précité; Japiot, *Traité de procédure civile*, n° 153 et suiv.

5. Cf. Guillien, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*. Thèse, Bordeaux, 1931, p. 275; Boyer, *La notion de la transaction*. Thèse, Toulouse, 1947, p. 457 et suiv.

Ces auteurs admettent toutefois l'existence de jugements purement décla-

*

Aussi la complexité du problème est-elle plus grande qu'il ne paraîtrait tout d'abord.

C'est pourquoi, il nous paraît indispensable de procéder à un examen attentif des deux aspects successifs de la distinction des jugements constitutifs et des jugements déclaratifs : l'aspect classique et l'aspect néo-classique.

L'étude critique de ces deux théories principales nous aidera à poser le problème et à déterminer la nature exacte des jugements.

ratifs chaque fois que la fonction juridictionnelle n'est pas jumelée dans une sentence avec la fonction exécutoire (qui, elle, est constitutive). Voir *infra*, nº 56.

CHAPITRE I

LA DISTINCTION DES JUGEMENTS DÉCLARATIFS ET DES JUGEMENTS CONSTITUTIFS

SECTION I

LA DISTINCTION CLASSIQUE

Nous examinerons la valeur de la distinction classique au point de vue théorique et au point de vue pratique.

§ 1.

VALEUR THÉORIQUE DE LA DISTINCTION

I. — La notion classique du jugement déclaratif.

44. L'affirmation traditionnelle selon laquelle le jugement déclaratif se borne à constater des droits préexistants sans les modifier et sans les transformer, se passe généralement d'une démonstration quelconque parce qu'elle prend un air d'évidence.

Cependant si l'on essaie de la vérifier sur le réel, on s'aperçoit que cette définition, strictement entendue, ne correspond qu'à une catégorie de jugements, la plus exceptionnelle d'ailleurs, les jugements déclaratoires [1]. Le jugement déclaratoire ou jugement d'affirmation s'oppose au jugement de condamnation; il se borne à proclamer l'existence ou l'inexistence d'un droit [2].

1. Elle s'applique également à toutes les décisions que l'on a l'habitude d'assimiler au jugement déclaratoire *stricto sensu* : jugements de rejet, jugements de vérification d'écritures, décisions préjudicielles.

2. Cf. Meynard. Thèse, Lyon, 1922; Borchard, *Les développements récents du jugement déclaratoire.* Recueil Lambert, t. II, p. 536 et suiv. La doctrine italienne a beaucoup approfondi les contours de cette institution qui porte en Italie le nom de *Sentenze di mero accertamento.* Cf. Rossi, *Sull attitudine delle sentenze d'accertamento a fondare l'azione esecutiva* » *in Rivista di diritto civile,* 1925.II, p. 208 et suiv.; Chiovenda, « *Azioni e sentenze di mero accertamento* » *Riv. dir. civ,* 1933, p. 3; Furno, « *Del mero accertamento come sanzione* » *in Archivio giuridico,* 1938, page 187 et suiv., Romano Castellano, *L'Azione di puro accertamento,* Palerme, 1913.

Il est donc entièrement conforme à la notion classique du jugement déclaratif.

Mais il n'est plus possible d'appliquer une telle définition à tous les autres jugements que la majorité des auteurs considère cependant comme déclaratifs. Ces jugements entraînent toujours une modification incontestable de la situation antérieure; modification de fait d'abord : « la décision du juge, écrit Japiot, si elle ne modifie pas les droits des individus tels qu'ils existaient antérieurement en théorie, modifie leur situation de fait en y apportant un élément nouveau de certitude »[1]; modification de droit ensuite : « La décision du juge, écrit encore Japiot, apporte même certaines modifications dans le domaine du droit, en donnant à la partie qui a obtenu gain de cause, la faculté de procéder directement aux mesures d'exécution; c'est ce qu'on appelle la force exécutoire; de même, on dit souvent que le jugement emporte novation, parce que, par exemple, le créancier que menaçait une courte prescription n'est plus menacé que par la prescription trentenaire; de même, le jugement confère l'hypothèque judiciaire. Il est vrai que ces modifications résultent de certains jugements et non pas de tous les jugements (par exemple le jugement qui déboute simplement le créancier de ses poursuites n'emporte évidemment pas hypothèque judiciaire) : il est vrai encore que ce ne sont pas là des effets qui ne puissent être attachés qu'à un jugement (par exemple, les actes notariés ont aussi la force exécutoire). Malgré tout, on ne peut dire que le jugement déclaratif est un jugement qui ne modifie rien »[2].

Par ailleurs, si l'on envisage l'activité du juge dans un certain nombre de jugements déclaratifs, on s'aperçoit qu'il fait tout autre chose que « constater » un droit préexistant; il y a des jugements déclaratifs qui déterminent le contenu d'un droit préexistant, comme le jugement de responsabilité ou le jugement qui prononce la liquidité d'un créance; il y a même des jugements déclaratifs qui établissent l'assiette d'une servitude de passage.

Ainsi, le concept classique du jugement déclaratif s'accorde difficilement avec les jugements dont il prétend expliquer la nature. Comme on se plaît aujourd'hui à la souligner : « Tout jugement déclaratif est, dans certains de ses effets, constitutif »[3].

1. Japiot, *Traité*, n° 154.
2. *Op. cit.*, n° 155.
3. Léon Mazeaud, *La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs. Rev. trim.*, 1929, p. 20.

La valeur théorique de la notion classique est donc, de ce fait, sérieusement compromise.

Est-ce à dire que le concept de jugement constitutif soit plus satisfaisant? Nullement, nous allons le voir immédiatement.

II. — La notion classique du jugement constitutif.

45. Si l'on essaye de circonscrire les caractéristiques sur lesquelles on s'appuie généralement pour dire qu'un jugement est constitutif, on peut discerner deux situations nettement déterminées :

Il y a jugement constitutif quand le recours à la justice est obligatoire pour obtenir un droit et quand le juge est investi d'un pouvoir discrétionnaire.

Nous allons à l'intérieur de ces deux critères examiner la valeur de la théorie constitutive.

a) dans un certain nombre d'hypothèses la loi dispose qu'un droit ou une situation juridique ne pourront être obtenus qu'à la suite d'un jugement. Ainsi en est-il du divorce, de la séparation de corps, de la faillite, de l'interdiction judiciaire, de l'efficacité de la saisie-arrêt, etc...

On dit que, dans ces divers cas, le jugement est « un élément légal nécessaire de la naissance d'un droit qui, à son défaut serait incomplet, inexistant » [1].

Ce raisonnement est, en apparence, irréprochable; il paraît, en effet, difficile de nier que tant qu'un jugement n'a pas prononcé le divorce, le mariage n'est pas rompu; le jugement de divorce semble bien, par conséquent, être constitutif.

L'évidence de ce point de vue s'obscurcit cependant au contact de quelques observations.

Une observation de principe d'abord : affirmer que le juge a le pouvoir de créer un droit ou une situation juridique, c'est en définitive reconnaître que le jugement est une source de droit au même titre que la loi ou la convention.

Sans s'arrêter à souligner le caractère peu orthodoxe d'une telle doctrine, contraire à tous les enseignements traditionnels, on s'aperçoit rapidement qu'il est impossible de la prendre à la lettre. Un bref examen de la réalité juridique montre, en effet, que le jugement véritable créateur de droits n'existe pas et que « tout jugement constitutif est, pour partie, déclaratif » [2].

1. Malbec, *La relativité de la chose jugée.* Thèse (dactylographiée), Toulouse, 1947, p. 39.
2. Léon Mazeaud, article précité, p. 20.

Examinons le jugement de divorce : « Le juge, écrit Japiot, n'a aucun pouvoir de décision ; s'il s'agit d'une cause péremptoire de divorce, d'une condamnation criminelle dûment établie qui oblige le juge à prononcer le divorce sans même lui laisser un pouvoir d'appréciation, on aperçoit nettement que l'époux demandeur avait un droit absolu au divorce dès avant la sentence du juge ; la situation qui existera après le jugement a presque entièrement sa source dans les éléments antérieurs à la sentence [1].

Ainsi il est indéniable qu'avant de « prononcer » le divorce, le juge est obligé de constater que la cause de divorce prévue par la loi est réalisée en fait. Une telle analyse est valable pour tous les jugements constitutifs, dans lesquels la décision du juge a toujours pour fondement la constatation d'une cause préexistante qui paraît bien être, en réalité, la véritable source du droit ou de la situation juridique : c'est la cessation des paiements qui met le commerçant en état de faillite (art. 347 C. Com.) ; ce sont l'imbécillité, la démence ou la fureur qui entraînent l'interdiction.

Est-il vraiment possible dans ces conditions d'affirmer qu'il y a une création véritable du juge?

Cette objection, très forte à nos yeux, n'a pas échappé à certains auteurs [2], en particulier à Japiot qui s'est efforcé de l'aborder de front : « Le point important, écrit-il, n'est pas la préexistence d'une cause engendrant un droit, la question est, au contraire, de savoir si, étant donné que le droit préexiste, il dépend de la volonté de l'individu ou du seul pouvoir du juge de procurer la réalisation des résultats vers lesquels tend l'exercice de ce droit » [3].

On voit tout de suite combien la notion de jugement constitutif, ainsi amputée en quelque sorte de son postulat de base (la création intégrale du droit) devient hasardeuse et byzantine ; on convient qu'il existe toujours une cause génératrice du droit, ce qui revient à dire que le jugement ne crée pas ce droit, mais en même temps on affirme que le jugement est constitutif parce que l'intervention du juge est nécessaire pour que ce droit puisse produire ses effets.

1. Japiot, *op. cit.*, nº 156.

2. M. Mazeaud, article précité, p. 21 prétend que le jugement reste cependant constitutif parce que la constatation des droits préexistants ne sert que de motif à la création des droits nouveaux.

3. Japiot, *Les nullités des actes juridiques*. Thèse, Dijon, 1909, p. 528-529. Ailleurs (précis, p. 140), cet auteur définit le jugement constitutif comme « celui qui réalise une situation de droit qui ne peut être réalisée que par l'intervention des tribunaux ».

Une telle position compromet gravement la valeur de la théorie constitutive : il existe, en effet, un certain nombre d'hypothèses où l'intervention du juge, bien qu'obligatoire, aboutit à un jugement déclaratif. Ainsi, en matière de nullités de mariage, la rupture du lien matrimonial ne peut s'opérer que si le juge intervient pour prononcer la nullité. Il en est ainsi plus généralement des nullités ordinaires qui, aux termes d'une jurisprudence constante doivent être « prononcées » [1] et des causes de résolution judiciaire des contrats, de résiliation ou de révocation des libéralités. Tous ces jugements, malgré leur caractère nécessaire et obligatoire, sont cependant considérés comme déclaratifs par la majorité des auteurs et des décisions [2]. On dit qu'ils ne créent pas la cause de nullité (ou de résolution) mais la constatent; l'intervention du juge est interprétée comme une condition légale d'efficacité de la cause de nullité ou de résolution, mais elle n'est pas sa condition d'existence.

On peut alors se demander pourquoi l'on fait une différence entre ces jugements et le jugement de divorce, par exemple : le juge ne joue-t-il pas le même rôle dans les deux cas ? Il « prononce » le divorce de la même manière qu'il « prononce » la nullité du mariage; dans les deux cas, la source de la situation juridique, concrétisée dans une cause de nullité (ou de résolution) ou dans une cause de divorce, préexiste au jugement qui en tire simplement les conséquences.

En réalité pour dire que le jugement de divorce est constitutif on se réfère à un élément qui lui est particulier : la loi déclare que les effets du divorce ne se produiront qu'à partir du jugement. C'est sur cette question du point de départ des effets du droit ou de la situation juridique que la théorie constitutive paraît se raffermir et couper court à toute objection; puisque les effets du droit ne se produisent qu'après l'intervention obligatoire du juge, n'est-ce pas la preuve que jusque-là le droit n'avait aucun germe d'existence?

Mais cet argument sur lequel repose en définitive la théorie constitutive, n'est pas absolument convainquant. On oublie généralement que le législateur, en même temps qu'il fixe le point de départ des effets du droit au jour du jugement établit presque toujours, parallèlement, une règle qui déroge à la précé-

1. Planiol, Ripert et Boulanger, t. II, nº 829.

2. Mazeaud, article précité, p. 37 à 42 et réf. citées; Montagne, *op. cit.*, p. 66 et suiv., 87; Japiot, *Nullités*, p. 341 et suiv., 396 et suiv., 313; Japiot considère cependant le jugement d'annulation de mariage comme constitutif (*Nullités*, p. 523 à 529).

dente, en permettant à certains effets du droit de se produire plus tôt, au jour de la demande par exemple [1]. On comprend mal en outre, que cette question de date, arbitrairement décidée par le législateur puisse avoir une influence décisive sur le rôle du juge au point de le rendre créateur d'un droit alors que dans des cas analogues il ne fait que constater son existence.

« Si dans telle hypothèse, écrit très justement M. Esmein, une règle bien établie décide que le droit nouveau ou la situation nouvelle ne prend naissance qu'après un jugement, il n'en résulte pas que nécessairement le jugement soit à, proprement parler, créateur d'un nouveau droit ou de la situation nouvelle [2] ».

Il n'est pas interdit de penser, en effet, que le juge est requis dans ces divers cas pour vérifier les conditions d'existence du droit et que ce sont simplement les effets du droit qui sont paralysés jusqu'à son intervention pour des raisons spéciales que M. Esmein s'est efforcé de mettre en lumière :

« Il est possible, écrit cet auteur, s'il s'agit d'un droit ou d'une situation opposable à tous, que la règle ait été établie pour de pures raisons d'utilité pratique, en vue d'éviter une période d'incertitude et des surprises préjudiciables aux tiers. Il arrive même que le jugement, qu'il contienne ou non en même temps la solution d'un débat contentieux, constitue dans l'intérêt social un contrôle de la légalité et de l'opportunité du changement de droit, ou même une simple solennité ou constatation authentique. En pareil cas, il paraît naturel de placer la date du changement de droit au jour du jugement qui intervient d'ordinaire en dernier lieu et en est la consécration. Mais ceci n'entraîne pas qu'il soit l'acte créateur; lorsque plusieurs actes successifs sont nécessaires pour faire naître un droit, le premier mouvement est de le faire dater seulement du jour de l'accomplissement du dernier de ces actes, alors même qu'ils auraient logiquement une importance inégale dans l'opération créatrice, car alors seulement le droit est parfait » [3].

Ces suggestions se fortifient singulièrement si l'on observe que, très souvent, la « cause » prévue par la loi comme condition d'existence du droit ou de la situation juridique, produit, par elle-même, pourvu qu'elle soit constatée en fait, *certains effets partiels* [4]. En matière de faillite, l'état de cessation des paiements,

1. Esmein, *op. cit.*, p. 58.
2. *Op. cit.*, p. 58.
3. Esmein, *op. cit.*, p. 59.
4. Voir le remarquable article de M. le Professeur Carbonnier sur *La notion de cause de divorce*. *Rev. trim.*, 1937, p. 281 et suiv.; spéc. p. 307 dans lequel le savant auteur souligne cette singularité.

constaté en fait, peut produire certaines conséquences normalement attachées à la faillite « déclarée ». Cette singularité s'explique par la théorie jurisprudentielle de la faillite de fait; on en connaît les caractéristiques : le commerçant qui a cessé ses paiements peut être pousuivi comme banqueroutier simple ou frauduleux en correctionnelle ou en Cour d'Assises; les actions en nullité contre les actes postérieurs à la cessation des paiements sont recevables; les articles 563 et 550 du Code de Commerce qui prévoient la réduction ou la suppression des privilèges de la femme du débiteur ou vendeur d'effets mobiliers s'appliquent, ainsi que les textes établissant la nullité des conventions de paiements privilégiés (art. 597 et 598 du Code de Commerce).

M. Carbonnier a fort justement souligné qu'il existait en jurisprudence une théorie analogue de la « séparation de corps virtuelle ».

« Quand en fait, la vie commune est devenue insupportable et que, d'ailleurs ce qui ne manque guère, cet état intolérable s'est matérialisé dans l'un des événements prévus aux articles 279-232, il arrive plus d'une fois que les époux se quittent sans acte et sans jugement, pour aller vivre chacun de leur côté. Il faut mettre un minimum d'ordre dans cette situation irrégulière; la jurisprudence est empirique mais on en résumerait assez bien le sens en disant que, notamment quant à la capacité de la femme, elle fait produire à la séparation de fait quelques-uns des effets de la séparation de corps. La théorie de la séparation de fait, c'est la théorie du divorce virtuel, ou plus précisément, de la séparation de corps virtuelle. » [1].

Il n'est pas impossible de découvrir, non plus simplement en jurisprudence mais dans le domaine législatif, d'autres exemples de cette production partielle d'effets; l'article 503 du Code civil qui prévoit que « les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits » n'en est-il pas une manifestation incontestable? [2].

Sans attacher à ces symptômes une importance démesurée, on peut cependant les retenir pour montrer que si certaines causes

1. Carbonnier, article précité, p. 307.

2. Voici un autre exemple : en matière gracieuse, le jugement d'homologation du concordat est considéré comme constitutif. Or, l'article 513, § 3 c. Com. prévoit que si dans le délai de huitaine que le tribunal est obligé de respecter avant de statuer, il y a une opposition, et une opposition admise l'annulation du concordat sera prononcée à l'égard de tous les intéressés. S'il faut annuler le concordat non homologué, n'est-ce pas la preuve que ce concordat avait en dehors du jugement d'homologation une existence réelle?

engendrant des droits produisent par elle-même des effets partiels, c'est que ces droits ont d'ores et déjà une existence certaine, mais que leurs effets complets et caractéristiques sont paralysés jusqu'à l'intervention du juge pour des raisons particulières.

Aussi peut-on se demander si la théorie constitutive repose réellement sur un fondement solide.

b) Une objection assez forte demeure cependant si l'on songe que dans certains cas le juge possède un pouvoir discrétionnaire : l'obtention de la mesure sollicitée dépend entièrement de sa volonté.

Japiot[1] résume ainsi l'argument, qui est d'ailleurs courant[2] : « La décision dépendra souvent du juge dans une si large mesure qu'on pourra considérer pratiquement que la partie n'a pas un droit véritable avant que le juge ait admis sa demande; on trouvera alors naturel de dire que c'est le juge qui crée le droit de la partie... ». Mais qu'est-ce que le pouvoir discrétionnaire du juge?

Si l'on vise sous ce terme, comme on le fait parfois improprement, le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond sur les faits antérieurs à la sentence, il faut tout de suite dire que la thèse constitutive est erronée. En matière de divorce pour injure grave, par exemple, le juge apprécie souverainement si l'injure grave constitue « une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations résultant du mariage » et si elle rend « intolérable le maintien de la vie conjugale », ce faisant l'octroi du divorce ne dépend pas de sa volonté, mais de son appréciation, après lecture des éléments du dossier, des conditions légales d'existence de la cause du divorce. Il en est de même quand on dit que le juge a un pouvoir discrétionnaire pour prononcer la nullité des baux n'ayant pas acquis date certaine avant le commandement qui précède la saisie (art. 684, Code civil) : il apprécie souverainement la bonne et la mauvaise foi qui sont susceptibles de valider ou d'entacher de nullité le bail.

On pourrait multiplier les exemples. Il est bien certain que dans tous ces cas, le juge constate l'existence de certains faits que la loi considère comme essentiels à la jouissance d'un droit. Il ne crée rien. Il est d'ailleurs remarquable que ses décisions tendent à être de plus en plus soumises au contrôle de la Cour de Cassation [3].

En réalité, on ne peut vraiment parler de pouvoir discrétion-

1. *Op. cit., Traité,* nº 171. Cf. également, *Rev. trim.*, 1912, p. 788.
2. Cf. Labbé, note, S. 1892.I.481. Voir aussi Guilmard, *op. cit.*, p. 93 et suiv.
3. Cf. Marty, *La distinction du fait et du droit.* Thèse, Toulouse, 1929, p. 266 et suiv.

naire, comme l'a montré M. le Professeur Marty, que dans les « cas où la loi vise une situation mais n'impose pas au juge le devoir absolu d'appliquer en tout cas ses prescriptions » [1]. De son côté, Japiot précise que le pouvoir discrétionnaire pur est « celui qui permet à l'auteur de l'acte de justifier sa décision par les résultats utiles qu'elle produira dans l'avenir et non pas par les faits passés [2].

En voici un exemple : l'art. 447 du Code de Commerce stipule en matière de faillite que « pourront être annulés les paiements faits par le débiteur pour dettes échues et les autres actes à titre onéreux qu'il aurait passés entre la cessation des paiements et le jugement déclaratif de faillite, lorsque les créanciers ou le co-contractant connaissait la cessation des paiements ». L'art. 448, 2° édicte une règle analogue en ce qui concerne les inscriptions prises après l'époque de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription.

Dans ces deux cas, même si le juge constate que les conditions légales pour que la nullité puisse être prononcée sont remplies, il n'est pas tenu de la prononcer et sa décision ne sera pas cassée. Il en est de même en ce qui concerne l'article 1558 du Code civil qui prévoit les cas dans lesquels la femme dotale pourra être autorisée par le tribunal à aliéner la dot : même en présence de l'une des conditions requises, le tribunal pourra refuser l'autorisation en se fondant sur la gravité des conséquences futures de cette aliénation.

Il semble bien effectivement que les créanciers de la faillite dans les premiers cas ou la femme dotale dans le second ne sont pas doués d'un droit véritable puisque le juge n'est pas obligé de leur accorder ce qu'ils réclament : la nullité des actes passés par le failli ou l'autorisation d'aliéner la dot.

Cependant l'objection est plus apparente que réelle : si la loi a accordé au juge des pouvoirs aussi exceptionnels, c'est que le maniement ou l'utilisation des droits en question dans ces sortes d'affaires est en lui-même dangereux :

Pourquoi, par exemple, annuler un acte qui n'a fait, en définitive, aucun tort à la masse (si la chose vendue a été cédée à son prix véritable) ou si les circonstances dans lesquelles cet acte a été conclu rendent la conduite du tiers acquéreur excusable [3] ?

1. Marty, *op. cit.*, p. 269 et suiv.
2. *Rev. trim.*, 1912, p. 786 et suiv.
3. Cf. Thaller, *op. cit.*, t. II., n° 1810.

D'autre part, le rôle protecteur que remplit le juge en matière d'autorisation d'aliéner la dot rend très acceptable la possibilité qu'on lui laisse d'apprécier si l'emploi du capital dotal en vue de fournir des aliments à la famille est opportun : si, par exemple, il n'y a pas lieu d'attendre que la situation économique passagèrement mauvaise soit rétablie, si la conservation du capital n'est pas plus avantageuse que son aliénation pour faire à un immeuble dotal de grosses réparations trop importantes pour la faible valeur qu'il représente? [1]. Est-ce à dire pour cela que les parties en cause n'ont pas de droit véritable? Nullement; mais elles n'ont pas un droit absolu, elles ont ce que l'on pourrait appeler un « droit contrôlé » dans son exercice parce qu'il rentre dans ses conditions même d'existence une certaine dose d'opportunité. Et lorsque le juge dit : il y a lieu de prononcer la nullité ou il y a lieu de procéder à la vente de l'immeuble dotal, il ne fait pas autre chose que constater la réunion des conditions d'existence du droit.

46. Le concept classique de jugement constitutif ne correspond donc pas plus à la réalité que le concept classique de jugement déclaratif [2]. Tous les jugements contiennent à des

1. Cf Japiot, *Rev. trim.*, 1912, p. 790.

2. Nous ne pouvons passer sous silence un aspect particulier de la théorie constitutive qui a fait couler beaucoup d'encre et qui fait encore l'objet de vives discussions doctrinales et jurisprudentielles : c'est la théorie de l'effet constitutif du jugement d'indemnité à la suite d'un dommage. La notion de jugement constitutif dans cette hypothèse ne correspond pas au critère habituel que nous définissons au texte. Il n'y a pas d'intervention obligatoire du juge et il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire du juge.

Mais précisément nous sommes en présence d'une extension abusive d'un concept déjà fort douteux lorsqu'il est étroitement circonscrit, comme nous venons de le montrer.

C'est Duguit qui fut le promoteur de la théorie de l'effet constitutif des jugements d'indemnité, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 305 et suiv. A sa suite, elle a été soutenue par M. Jèze (*Principes*, 2e éd., p. 48); Demogue (*Traité des oblig.*, IV, n° 565 et 751); Dennery, *Du caractère des jugements de condamnation à dommages-intérêts, Rev. crit.*, 1937, p. 374 et suiv.

Les arguments mis en avant par Duguit sont bien connus : « c'est le jugement de condamnation qui seul conditionne la naissance de la créance au profit de la victime; jusque-là il y avait une voie de droit ouverte, il n'y avait pas de créance », *op. cit.*, t. III, p. 365. Mais il s'agit là d'une affirmation qui se heurte à deux objections absolument péremptoires, à notre avis : d'une part l'article 1370 du Code civil établit qu'un simple fait peut être créateur d'un droit, comme un contrat; dès lors, il est certain que le droit de créance naît de la combinaison d'un dommage avec l'article 1382 du Code civil. D'autre part, l'existence de ce droit de créance en dehors de tout jugement est surabondamment démontrée par la jurisprudence qui lui fait produire un grand nombre d'effets. Cf. les décisions citées par M. Esmein, *op. cit.*, p. 140 et suiv. Nous retrouverons plus longuement ce problème dans notre troisième chapitre et essayerons de déterminer exactement quels doivent être les effets pratiques du jugement d'indemnité.

degrés divers, deux aspects distincts mais complémentaires : un aspect négatif qui les oppose à l'acte constitutif et un aspect positif qui les oppose à l'acte déclaratif tel qu'on le définit habituellement. Aussi, la valeur théorique de la distinction classique est-elle douteuse.

Certains auteurs cependant ont fait remarquer qu'il n'était peut-être pas impossible de conserver cette distinction. En effet, ces auteurs ont prétendu que les modifications qui résultent du jugement déclaratif n'ont, malgré tout, qu'un caractère accessoire, ce jugement ayant surtout pour objet de proclamer l'existence ou l'inexistence d'un droit; par ailleurs, la constatation préalable de l'existence du droit qui est contenue dans le jugement constitutif serait elle-même accessoire car elle sert seulement de motif à la décision [1]. De telle sorte qu'en pratique, il n'y aurait aucun inconvénient à faire prédominer le caractère le plus accusé au détriment de l'autre.

Malheureusement, nous allons voir qu'une telle position est insoutenable. La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs est contraire aux exigences réelles des faits : elle est pratiquement inapplicable.

§ 2.

VALEUR PRATIQUE ET DOGMATIQUE

47. Nous allons voir qu'en pratique, il n'est pas possible de donner un régime juridique autonome au jugement dit déclaratif et au jugement dit constitutif. Les exigences de l'équité ou de la simple logique imposent, dans de nombreux cas, des emprunts à la technique habituelle du jugement constitutif en ce qui concerne le jugement déclaratif, et à la technique du jugement déclaratif en ce qui concerne le jugement constitutif.

I. — Les effets dans le temps du jugement déclaratif et du jugement constitutif.

A. — *La règle de rétroactivité du jugement déclaratif*

48. On enseigne couramment que le jugement déclaratif doit rétroagir. Cette règle puise son fondement dans l'idée selon

1. Mazeaud, article précité, p. 20-21.

laquelle le jugement déclaratif constate un droit sans lui apporter aucun élément nouveau.

Quelques exemples choisis dans la jurisprudence vont nous montrer qu'il est impossible d'appliquer cette règle d'une manière rigide [1].

49. Et tout d'abord l'exemple caractéristique du jugement d'indemnité rendu en matière de responsabilité civile.

Ce jugement est, en principe, considéré comme déclaratif par la majorité des auteurs [2], et des arrêts [3]. Il est, en effet, impossible d'admettre que le droit de la victime est créé de toutes pièces par le juge et qu'il n'a pas sa source dans le fait dommageable; ce serait méconnaître l'article 1370 du Code civil qui établit formellement qu'un simple fait est capable de faire naître un droit [4].

Aussi la jurisprudence se range-t-elle le plus souvent à ce point de vue et, pour justifier la rétroactivité du jugement, les arrêts prennent soin de proclamer dans des formules constantes que « le jugement qui reconnaît la responsabilité de l'auteur d'un délit ou d'un quasi-délit et en fixe l'étendue ne fait que révéler la créance de la victime qui existe depuis la date du dommage [5] ».

En vertu de ce principe, la jurisprudence admet les solutions suivantes : si la victime meurt avant d'avoir intenté l'action en indemnité, ses héritiers peuvent l'intenter et exercer ses droits [6]; en cas de changement de législation entre le jour du dommage et le jour du jugement, c'est la législation en vigueur au jour du dommage qu'il faut appliquer [7]; les actes conservatoires de sa créance faits par la victime avant le jugement sont valables [8]; la dette d'un condamné, frappé de confiscation générale et reconnue après la condamnation est opposable à

1. Cf. Bartin, sur Aubry et Rau, 5e éd., t. XII, § 769, p. 424, note 62 *quater*. Cf. également les ouvrages précités de MM. Weil, Montagne et Esmein.

2. Cf. Mazeaud, article précité, p. 31; Thaller, note au D. P. 98.I.473.

3. Cf. Lalou, *Déclaratif ou attributif? Caractère du jugement rendu en matière de responsabilité civile*. Chr. au D. H. 1936, p. 70 et les décisions citées.

4. Cf. Mazeaud, article précité, p. 31; Thaller, note au D. P. 98.I.473.

5. Trib. Civ. Seine, 30 nov. 1936, D. H. 1936.111; Trib. civ, Bordeaux. 29 mai 1947, J. C. P. 1947.II.3901; Trib. civ. Seine, 16 juill. 1947, J. C. P. 1947, II.3791, notes J. Mazeaud; Cass. Req. 2 avr. 1941, J. C. P. 1943.II.2096, note Pean.

6. Paris, 28 fév. 1936, *Gaz. trib.*, 28 mars 1936; Req. 10 avr. 1922. D. P. 1923.I.52, note Lalou; Cass. crim. 9 déc. 1937, *Gaz. Pal.*, 1938.I.18.

7. Civ. 17 oct. 1939, D. H. 40. 2.

8. Trib. civ. Seine, 30 nov. 1935, D. H. 1936. 3, Hébraud, ex doctr., *Rev. crit.*, 1936, p. 22; Req. 30 nov. 1926, D. P. 1928.I.49; note Josserand.

l'Administration des Domaines si elle a sa source dans un délit ou quasi-délit antérieur à la condamnation [1].

Mais à côté de ces décisions, admettant la rétroactivité et proclamant le caractère déclaratif du jugement, il en est d'autres qui, au contraire, à propos de problèmes très particuliers, écartent la rétroactivité sous le prétexte que « jusqu'au jour du jugement la victime n'avait aucun titre de créance, ni aucun droit reconnu dont elle puisse se prévaloir » [2].

Cette dualité de décisions — les unes affirmant le caractère déclaratif du jugement, les autres son caractère constitutif — n'est cependant pas tout à fait contradictoire [3]. On en découvre aisément l'explication logique si l'on songe que le jugement d'indemnité ne correspond complètement ni au concept classique de jugement déclaratif, ni à celui de jugement constitutif : le juge constate l'existence de la faute, et du lien de causalité entre la faute et le dommage; mais en même temps, il détermine le contenu du droit de la victime, il en fixe le montant et condamne le responsable à payer; il apporte donc à ce droit préexistant des éléments nouveaux. Il est difficile, sans recourir à une fiction, de considérer ces éléments nouveaux comme préexistants lorsqu'ils sont directement en jeu dans la solution d'un problème : par exemple, les intérêts moratoires qui sont dus par le responsable défaillant ne peuvent, en toute équité, commencer à courir que du jour où le jugement de condamnation est signifié, car la créance de la victime n'est devenue pleinement opposable au débiteur que du jour où le jugement a été rendu [4].

C'est précisément pour éviter la rétroactivité dans des cas de ce genre que la jurisprudence a dû proclamer le caractère « constitutif » du jugement. Elle recourt à ce procédé dans deux autres hypothèses : la fixation de la date d'évaluation du préjudice [5] et surtout la question épineuse de l'opposabilité du

1. Trib. civ. Seine, 16 juill. 1947; J. C. P. 1947.II.3701, note Jean Mazeaud, Trib.civ. Bordeaux, 21 mai 1947, J. C. P. 1947.II.3901, note Jean Mazeaud.

2. Civ. 27 oct. 1901, D. 1901.I.527, Req. 11 avr. 1907, S. 1907.I.432, note Lyon-Caen.

3. Cf. Lucienne Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle.* Thèse, Paris, 1933, nos 121 et suiv.

4. Cf. Civ. 6 nov. 1936, D. H. 1936.585; Crim. 18 janv. 1940, D. H. 1940.102; Paris, 19 avr. 1932, *Rev. gén. ass. terrestres*, 1932, p. 539; Civ. 25 mai 1936, *Gaz. Pal.*, 28 août 1936; Crim. 8 nov. 1945; D. 1946 J. 95; Req. 29 oct. 1930, D. H. 1930-148, rapport Pilon; Civ. 12 nov. 1941, D. C. 1942.97.

5. Civ. 15 juill. 1943, D. A. 1944.3; Civ. 24 nov. 1942, *Rev. trim.* 1943-119; Civ. 10 juill. 1918, D. 1923.I.15; Trib. correct. Saint.Dié, 5 nov. 1942, *Rev. trim.* 1943-42.

concordat de faillite au créancier dont le droit n'a été déterminé que par jugement postérieur à ce concordat [1].

50. Cette technique jurisprudentielle se manifeste dans un domaine voisin où la rétroactivité de certains jugements, cependant incontestablement déclaratifs, serait également injuste : il s'agit du jugement qui prononce la liquidité d'une créance. Supposons que *Primus* soit créancier de *Secundus* d'une somme indéterminée pour troubles de jouissance et prix de certains travaux; et que *Secundus* soit créancier de *Primus* pour des loyers échus. *Secundus* tombe en faillite : la cessation des paiements est postérieure à la naissance de cette dette envers *Primus*; mais ce dernier n'obtient qu'après le jugement déclaratif de faillite, un jugement liquidant sa créance. Peut-il invoquer la rétroactivité du jugement pour affirmer que sa créance envers *Secundus* s'est compensée avant la cessation des paiements avec la créance que *Secundus* possédait contre lui?

Ici encore, il est bien évident que — bien que dépourvu d'effet véritablement constitutif [2], — le jugement qui prononce la liquidité de la créance ne doit pas rétroagir; une telle solution aboutirait à faire considérer que la créance de *Primus* était liquide avant l'intervention du jugement; ce serait inexact et injuste. Aussi, la jurisprudence, dans le seul désir d'écarter la rétroactivité, proclame-t-elle le caractère « constitutif » du jugement liquidatif [3].

51. Voici enfin une autre hypothèse qui met en lumière l'impossibilité d'appliquer strictement la rétroactivité du jugement déclaratif :

Un enfant naturel intentait une action en recherche de paternité et, en même temps, réclamait à son père des dommages-intérêts pour réparer le préjudice que lui faisait subir l'insuffisance de l'instruction que, faute de reconnaissance volontaire, il avait reçue.

La Cour d'appel d'Alger accueillant l'action en déclaration judiciaire de paternité, fondée sur un aveu non équivoque, fit également droit à la demande en dommages-intérêts et condamna-

1. Req. 6 juill. 1857, D. P. 57.I.440; Alger, 15 janv. 1895, *Journal des faillites*, 1895, p. 368; Req. 19 juin 1898, D. P. 98.I.473, note Thaller; Civ. 22 oct. 1901, D. 1901.I.527; Req. 11 avr. 1907, D. P. 1909.I.501; Req. 27 oct. 1930, D. P. 1930.I.448; Civ. 5 nov. 1936, J. C. P. 1937.I.83.

2. La majorité des auteurs considère ce jugement comme déclaratif. Cf. Mazeaud, article précité, p. 35 et les réf.

3. Req. 25 juill. 1892, D. 92.I.488; Civ. 22 oct. 1904, S. 1909.I.513, note Bourcart; D. *Rép. méth. suppl.*, v° *Oblig.*, n° 1122, note 2; Civ. 21 déc. 1946, S. 1947.I.65.

le père à verser 100.000 francs « en réparation du préjudice que, par le fait de sa non-reconnaissance et eu égard à sa fortune personnelle, il avait causé à sa fille naturelle et qu'il lui causerait dans l'avenir en l'ayant placée, faute d'instruction suffisante, dans une situation inférieure à celle qu'en vertu de la loi et de la morale, elle devait normalement occuper ».

Mais la Chambre civile de la Cour de Cassation a cassé cet arrêt : « Attendu qu'une simple abstention ne saurait constituer un quasi-délit et donner lieu à ce titre à l'allocation de dommages-intérêts, lorsque le fait dont l'émission est invoquée ne constitue pas une obligation civile...; que si la loi du 16 novembre 1912 a autorisé, dans des conditions précises et rigoureusement limitatives, l'action en déclaration judiciaire de paternité naturelle, elle n'a pas établi, à l'encontre de celui dont la paternité serait postérieurement reconnue, l'obligation de reconnaître l'enfant volontairement en dehors de toute demande en justice [1]. »

M. Lagarde, tout en approuvant les motifs de cet arrêt dans le commentaire qu'il en a fait [2], se demande « si les juges au fond ne pourraient, par des motifs différents, accorder au demandeur la réparation sollicitée ». C'est du côté de la rétroactivité du jugement déclaratif de paternité que M. Lagarde indique la solution : en effet, l'établissement de la paternité étant déclaratif, il faut dire logiquement que le père a toujours été obligé de contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. « Sans doute, écrit-il, tant que la paternité n'est point légalement établie on se trouve en présence d'une simple obligation naturelle, tout au plus susceptible de servir de cause à une obligation civile; mais si l'action est refusée par la loi, ce n'est que pour défaut de preuve. Le droit n'en existe pas moins, et lorsque son existence est démontrée, il doit être sanctionné, aussi bien pour le passé que pour l'avenir [3] ».

Il faut bien reconnaître que ce raisonnement est parfaitement dans la logique du système déclaratif; mais la solution auquel il aboutit n'est-elle pas manifestement choquante? La loi exige, pour que la filiation naturelle produise ses effets, un titre solennel; le jugement qui apporte ce titre solennel doit-il être traité comme s'il était intervenu au jour même de la naissance? Non sans aucun doute. C'est en ce sens que conclut M. Hébraud en commentant de son côté l'arrêt de la Chambre civile :

1. Civ. 28 oct. 1935, D. H. 1935.537; cf. *Les commentaires de* M. Hébraud, *Rev. crit.*, 1936, p. 20 et de M. Lagarde, *Rev. trim.* 1936, p. 157.
2. p. 158.
3. p. 159.

*

« Le jugement qui déclare la paternité naturelle est un élément essentiel de l'établissement de la filiation. Il est donc normal que, avant ce jugement, elle soit méconnue. Le lien de filiation, une fois proclamé sera rétroactivement considéré comme existant dès la naissance, et on en déduira les effets qui se produisent de plein droit, tels que la vocation successorale. Mais le juge n'aura pas à se préoccuper de sa méconnaissance passée, qui était alors parfaitement justifiée, et ne cherchera pas à en réparer les conséquences. La solution de notre arrêt se justifie donc, non seulement sur le terrain du droit civil, mais aussi sur le terrain de la procédure, par la nature particulière du jugement déclaratif de paternité naturelle [1].»

52. Ce cas particulier, joint à ceux que nous avons antérieurement analysés, est, en lui-même, significatif des dangers que comporterait une application trop catégorique de la rétroactivité du jugement déclaratif. La jurisprudence ne s'y trompe pas et, pour ne pas forcer les faits, elle recourt à des procédés détournés : ou bien, elle déclare nettement que le jugement est constitutif (ce qui est théoriquement inexact et souvent en contradiction avec des solutions voisines, mais techniquement salutaire), ou bien elle cherche simplement à tempérer le jeu normal de la rétroactivité en s'inspirant de considérations d'espèces.

Ces tentatives sont presque toujours justifiées par l'équité et par la logique [2]. N'est-ce pas une preuve nouvelle de l'imprécision de la notion classique du jugement déclaratif?

B. — *La règle de l'effet immédiat du jugement constitutif.*

53. Cette règle n'est pas plus rigoureusement appliquée que la précédente : elle comporte un très grand nombre d'exceptions.

Énumérer ces exceptions au principe de l'effet immédiat du jugement constitutif, est devenu une banalité depuis de longues années [3]. Elles sont très nombreuses : le jugement de séparation de biens « remonte, quant à ses effets, au jour de la demande » (art. 1445 C. C.): le jugement de divorce et de séparation de corps rétroagit, entre époux et en ce qui concerne les effets pécuniaires, jusqu'au jour de la demande. Le jugement de faillite est lui-même affecté d'une rétroactivité facultative

1. *Rev. crit.*, 1936, p. 22.
2. Pean (note au J. C. P. 1943.II.2096) « le jugement est déclaratif, mais là seulement où l'équité n'y répugne pas ».
3. Cf. Bartin (précité); Guilmard, *La Juridiction gracieuse*. Thèse, Caen, 1913, p. 83 et suiv.

puisque la date de la cessation des paiements ouvre une période suspecte pendant laquelle les actes faits par le débiteur sont soumis à un régime spécial de nullités.

C'est encore de rétroactivité facultative qu'il faut parler en ce qui concerne l'interdiction judiciaire [1]. L'article 503 ne permet-il pas de demander la nullité des actes faits par l'interdit avant le jugement à la double condition que « la cause qui a motivé, plus tard, l'interdiction, existât déjà à l'époque où l'acte a été consenti » et que l'état de l'aliéné fut notoire?

Le jugement de cession forcée de mitoyenneté lui-même est doté d'une certaine rétroactivité puisqu'il permet à celui qui en bénéficie, de demander l'annulation des actes juridiques accomplis par le cédé avant le jugement, à condition que ces actes soient incompatibles avec la qualité de mur mitoyen [2].

II. — L'ÉTENDUE DE L'AUTORITÉ DES JUGEMENTS DÉCLARATIFS ET DES JUGEMENTS CONSTITUTIFS.

54. La nature déclarative ou constitutive que l'on reconnaît aux jugements aurait enfin, selon les auteurs classiques, une incidence directe sur l'étendue de leur autorité.

Les jugements déclaratifs auraient une autorité relative et les jugements constitutifs auraient une autorité *erga omnes*.

C'est, d'ailleurs, pour justifier l'autorité absolue de certains jugements et, en particulier, des jugements relatifs à une transformation dans l'état ou dans la capacité d'une personne, qu'a été imaginée, au début du XIX^e^ siècle, par Merlin, la notion de jugement constitutif [3].

On expliquait, dans l'ancien droit, l'autorité exceptionnelle des jugements rendus en matière d'état des personnes à l'aide de la théorie du *contradicteur légitime* : on observait que, la plupart du temps, le jugement avait été rendu en présence de la personne la plus intéressée par la décision et la plus capable de se défendre : dès lors, toutes les autres personnes paraissant des tiers, il était naturel que le jugement leur soit opposable.

Mais Merlin soumit cette explication à une critique serrée et montra la difficulté, parfois considérable, de découvrir ce contradicteur légitime [4].

1. Cf. Josserand, *Cours de droit civil*, t. I, n° 547.
2. Cass. Civ. 11 mai 1925, D. H. 1925.449; Civ. 25 nov. 1940, D. H. 1941.18.
3. Cf. Esmein, *op. cit.*, p. 17 et suiv.
4. Cf. Merlin, *Rép.*, t. XVII, v° *Questions d'État*, § 3, art. 1.

Il chercha alors une autre justification de l'autorité absolue dans le caractère créateur du jugement : Tous ces jugements étaient opposables à tous parce qu'ils apportaient un changement dans l'état des personnes [1].

Les idées de Merlin ont été reprises et développées plus largement par Demolombe [2] et par Planiol [3].

Planiol, allant plus loin que Merlin, écrivait : « Il y a une bonne raison pour que le principe de l'autorité relative ne s'applique pas à ces jugements : ils ne sont pas des actes de pure juridiction, destinés à mettre fin à un litige. Le juge ne se borne pas à déclarer la vérité entre les parties; il crée un état nouveau. Ces jugements sont donc des actes d'autorité, que les magistrats accomplissent en vertu d'un pouvoir spécial, analogue à l'imperium des Romains. Ce sont de véritables actes juridiques, créateurs de droits et il faut les traiter comme tels en leur donnant une autorité absolue... [4] ».

De nos jours, le prestige de cette théorie paraît singulièrement affaibli, même aux yeux des auteurs qui admettent, par ailleurs, la distinction des jugements déclaratifs et constitutifs [5].

On n'a eu aucune peine à démontrer que toutes les explications suggérées se dérobent et sont impuissantes à justifier solidement l'autorité absolue des jugements en question [6].

Le prétendu pouvoir créateur du juge, en particulier, est impropre à servir de fondement à l'autorité *erga omnes*, car les contrats — qui ont un effet créateur — ont cependant une autorité relative [7].

D'autre part, certains auteurs ont souligné que tous les jugements prétendus constitutifs n'ont pas une autorité absolue [8].

Le jugement déclaratif de faillite, qui, contrairement à ce que suggère son appellation, est considéré comme un jugement constitutif, peut-être attaqué pendant un mois par la voie de la tierce opposition. Le jugement d'interdiction — également constitutif — peut être également attaqué par la voie de la tierce opposition extraordinaire, quand il est le résultat d'une fraude.

1. *Op. cit.* et *loc. cit.*
2. Demolombe, t. V. n° 320.
3. Planiol, t. I, 5e éd., § 446-449.
4. Planiol, *Op.* et *loc. cit.*
5. Cf. L. Mazeaud, article précité; spéc. p. 46 et suiv.
6. Cf. particulièrement les pertinentes critiques de M. Esmein, p. 9 et suiv.; Adde : Malbec, *op. cit.*, p. 39.
7. Cf. Mazeaud, p. 52; Esmein, *op. cit.*, p. 14 et suiv.
8. Cf. Mazeaud, p. 53; Esmein, *op.* et *loc. cit.*

Et, par ailleurs, il n'est pas impossible de trouver des jugements déclaratifs dotés d'une autorité absolue [1], le jugement qui annule un concordat par exemple, ou le jugement qui annule un brevet d'invention.

De telle sorte qu'à ce point de vue, encore, la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs a une valeur dogmatique douteuse.

***

55. Il est bien difficile, au terme de cet examen critique, d'adhérer avec une pleine satisfaction d'esprit à la distinction classique des jugements déclaratifs et constitutifs : ses bases théoriques sont douteuses; son application pratique est incommode et, de ce fait, elle reste souvent lettre morte.

Aussi, n'est-il pas étonnant que certains auteurs aient songé à nier la dualité de nature des jugements. Les uns, comme MM. Bartin [2], Weil [3] et Esmein [4], se contentent d'insister sur les inconvénients pratiques de la notion de jugement constitutif qui ne serait à leurs yeux, « qu'un expédient pour résoudre des problèmes difficiles » [5]; les autres, comme MM. Rocco [6] et Montagne [7], affirment plus nettement que tous les jugements sont déclaratifs.

Voici ce qu'écrit, à cet égard, M. Montagne : « Tous les jugements, sans exception, sont déclaratifs de droits préexistants. Si l'on tient à faire une distinction, il faut dire que certains sont déclaratifs d'un simple état de droit préexistant et que d'autres déclarent un changement ou une modification préexistante d'un état antérieur.

« Mais tous ces jugements ont un mécanisme identique que nous avons étudié pour les jugements déclaratifs. Ils déclarent tout d'abord un fait juridique (injure grave, adultère, péril de la dot, démence, etc...) puis le droit ou le rapport de droit qui en dérive comme la conséquence du principe (droit au divorce, à la séparation de corps ou de biens, à l'interdiction) » [8].

Mais de telles affirmations sont à leur tour inacceptables

1. Cf. Mazeaud, p. 48, note 2.
2. *Op. cit.*
3. *Op. cit.*
4. *Op. cit.*
5. Esmein, p. 244.
6. Alfredo Rocco, *La sentenza civile*, 1906, p. 144 et suiv. Cf. également Coviello, *Manuale* I, p. 540.
7. *Op. cit.*
8. *Op. cit.* p. 122.

dans la mesure où, définissant toujours le jugement déclaratif comme celui que constate un droit sans le modifier, elles suggèrent que le jugement de divorce, par exemple, constate simplement la cause du divorce; ce qui est manifestement inexact car, bien que le juge, selon nous, ne crée pas véritablement le divorce, il donne un ordre qui, en permettant aux prescriptions légales de se réaliser, modifie dans une notable mesure la situation antérieure.

C'est vers une conception très différente et plus scientifique que vont les préférences de certains auteurs contemporains.

SECTION II

LA DISTINCTION NÉO-CLASSIQUE

§ 1.

EXPOSÉ

56. Certains auteurs contemporains ont très opportunément suggéré qu'il était peu logique de discuter sur la nature juridique des jugements sans avoir au préalable défini exactement le critère de l'acte juridictionnel. C'est donc à une étude préliminaire de l'acte juridictionnel que se livrent MM. Guillien [1] et Boyer [2] qui sont les représentants les plus caractéristiques de la théorie que nous allons examiner.

Pour ces auteurs l'acte juridictionnel est essentiellement [3] une opération de l'intelligence du juge et une réponse à une question posée sur la violation de la loi. Si l'on se réfère à sa

1. Guillien, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée.* Thèse, Bordeaux, 1931.

2. Boyer, *La notion de transaction-Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif.* Thèse, Toulouse, 1947.

3. Essentiellement, mais non pas exclusivement. M. Boyer donne, en effet, de l'acte juridictionnel la définition suivante : « L'acte juridictionnel est celui qui résulte de la vérification, par un organe compétent, de la valeur d'une prétention juridique et qui a pour objet d'empêcher sur ce point toute contestation ultérieure » (p. 450). M. Boyer insiste dans la suite de ses développements, avec juste raison, sur la nécessité de réunir dans la définition de l'acte juridictionnel les critères substantiel, formel et organique.

structure, on s'aperçoit qu'il contient toujours une constatation; parfois, il est vrai, il comporte aussi une décision consécutive à cette constatation, mais celle-ci est un acte de volonté du juge extérieur à l'acte juridictionnel proprement dit. La constatation seule est juridictionnelle, la décision est un acte d'exécution, de nature administrative.

Cette analyse, que nous exprimons en des termes volontairement brefs, a d'importantes conséquences en ce qui concerne la nature des jugements : la plupart [1] des jugements sont à la fois déclaratifs et constitutifs; déclaratifs dans la mesure où ils constatent la valeur juridique d'une prétention : ce qui est le propre de la fonction juridictionnelle dont l'objet est de trancher des litiges; constitutifs dans la mesure où à cette constatation juridictionnelle, le juge ajoute une décision qui, elle, ne fait plus partie de l'acte juridictionnel.

Voici, d'ailleurs, en quels termes s'exprime M. Guillien :

« L'acte juridictionnel s'analyse toujours en une constatation de la violation de la règle. Il est donc toujours et exclusivement déclaratif. Puis, vient une décision consécutive qui, elle, est toujours constitutive mais ne fait plus partie de l'acte juridictionnel, que cette décision ait pour effet d'ordonner un divorce, une séparation de corps, une inscription sur le registre de l'état civil, la participation d'un individu à la succession d'un défunt, elle restera un acte de la fonction d'exécution créatrice d'une situation juridique nouvelle. L'activité du juge apparaît donc comme déclarative et constitutive [2] ».

C'est en des termes sensiblement analogues que s'exprime M. Boyer [3] :

« Tandis que l'acte juridictionnel est une simple opération d'intelligence, une simple constatation de caractère statique et dont l'extériorisation suffit pour empêcher toute contestation future, l'acte exécutoire, au contraire, est un acte de volonté, c'est-à-dire un acte créateur ayant pour objet d'assurer l'inté-

1. Il n'est pas impossible en effet, selon M. Boyer, de trouver un jugement purement déclaratif. Un tel jugement est rare, mais il existe. Chaque fois que l'on se trouve en présence d'un acte juridictionnel pur, c'est-à-dire chaque fois que le jugement comporte une constatation non suivie d'une décision (administrative), on peut dire qu'il y a jugement déclaratif : c'est le cas des jugements déclaratoires, ou des jugements de rejet (cf. Boyer, spéc. p. 461-462). M. Boyer se demande même si ce caractère ne doit pas être reconnu à certains jugements de condamnation, en particulier lorsque l'hypothèque judiciaire et le droit à l'exécution préexistaient en raison d'un jugement antérieur en vérification d'écritures ne comportant pas condamnation.

2. Guillien, *op. cit.*, p. 275.

3. Boyer, *op. cit.*, p. 450 et p. 459 et suiv.

grité de l'ordonnancement juridique par des mesures propres à le protéger, le maintenir ou le restituer. Or, une telle activité est essentiellement de nature administrative; la mesure ordonnée par le juge comme conséquence du droit qu'il vient de vérifier est dans sa substance, identique à celle ordonnée par un quelconque agent de l'État et l'on pourrait d'ailleurs parfaitement concevoir qu'elle soit édictée par une toute autre personne [1] ».

De cette analyse préalable de la complexité naturelle des jugements, M. Boyer tire des conséquences plus précises en ce qui concerne la complexité de leurs effets :

« Ainsi, en définitive, écrit-il, on ne saurait nier qu'il existe des jugements de caractère constitutif; chaque fois qu'à cet élément essentiel de toute décision contentieuse : l'acte juridictionnel, le juge associe un acte administratif ayant pour objet de tirer les conséquences juridiques de son *accertamento* [2], on se trouve en présence d'un jugement de cette catégorie; le jugement constitutif apparaît donc essentiellement comme un acte complexe dans lequel sont juxtaposés un élément juridictionnel et un élément administratif et c'est cette nature mixte qui est sa caractéristique essentielle [3] ».

§ 2.

CRITIQUE

57. L'évolution ainsi subie par la distinction classique des jugements constitutifs et des jugements déclaratifs est remarquable. D'une part, son fondement initial disparaît puisque l'on admet désormais que tout jugement statue sur des droits préexistants; mais, d'autre part, de théorie d'exception, elle tend à devenir théorie générale puisque sont considérés comme constitutifs tous les jugements assortis d'une décision, c'est-à-dire presque tous.

Dès lors, on peut légitimement se demander si cette distinction ainsi vidée de sa substance originaire ne perd pas en profondeur

1. Boyer, *op. cit.*, p. 450.

2. Le concept italien d' « accertamento » exprime le mécanisme des actes juridiques (jugements ou actes juridiques privés) qui ont pour effet de « confirmer » un rapport juridique antérieur et inefficace (voir la description de la théorie de l'« accertamento » *infra*, n° 220). Dans le contexte de M. Boyer il paraît nécessaire de traduire « accertamento » par « constatation ».

3. *Op. cit.*, p. 459-460.

ce qu'elle gagne en étendue et s'il y a bien intérêt à la conserver. La théorie classique soigneusement limitée et circonscrite gardait une impressionnante apparence de solidité qui a fait tout son succès. La théorie moderne est beaucoup moins convaincante. En effet, n'est-il pas illogique de continuer à dire qu'il y a des jugements constitutifs tout en prétendant par ailleurs, et avec raison, qu'aucun jugement n'est véritablement créateur d'un droit substantiel? En définitive, cette modification de la situation antérieure qui paraît bien être la caractéristique commune à tous les jugements est-elle réellement incompatible avec la notion d'effet déclaratif?

Nous pensons personnellement qu'il y a de bonnes raisons pour admettre qu'un certain effet positif n'est pas inconciliable avec l'effet déclaratif. Si l'on va jusqu'au bout de la thèse soutenue par les néo-classiques, seul le jugement déclaratoire serait vraiment le prototype du jugement déclaratif. C'est également on s'en souvient, la conclusion logique de la théorie classique. Or, la seule différence de terminologie semble indiquer que le jugement déclaratif a un contenu plus important que le jugement déclaratoire [1]. Et d'ailleurs, quant au fond, n'oppose-t-on pas le jugement déclaratoire ou d'affirmation au jugement de condamnation, ce qui paraît bien impliquer que la condamnation fait partie intégrante de la notion de jugement déclaratif?

58. Il est vrai que les partisans de la théorie classique opposent à l'orientation des recherches dans ce sens un obstacle apparemment très fort : c'est la démonstration du caractère administratif et extrajuridictionnel des modifications issues de la décision.

De telle sorte que les recherches sur le contenu du concept de jugement déclaratif [2] seraient obligatoirement enfermées

1. M. Meynard, *op. cit.*, p. 7, propose de réserver le terme « déclaratif » pour les jugements qui constatent des faits et celui de « déclaratoire » pour ceux qui constatent des droits, ainsi, il prétend que les « jugement rendus en matière de reconnaissance ou de vérification d'écriture, les jugements déclarant le décès ou l'absence ont un contenu plus déclaratif que déclaratoire » (p. 118).

On ne voit pas très bien l'opportunité de cette distinction purement verbale.

2. A cet égard nous ne pouvons passer sous silence la très intéressante tentative de M. Boyer qui s'est efforcé de donner à la notion de jugement déclaratif, ainsi restreinte à la constatation juridictionnelle, une substance plus complète que ne lui accorde la théorie classique.

Pour M. Boyer, il ne serait pas exact que le jugement déclaratif, au sens classique du terme, ne modifie pas la situation antérieure; l'acte juridictionnel étant un acte juridique « il engendre certains effets de droit et il modifie la situation juridique antérieure » (*op. cit.*, p. 451). Mais de quelle manière et par quel mécanisme? Par l'extinction du droit d'action des parties : « Si les parties ne peuvent contester à nouveau le point de droit vérifié par le juge, c'est qu'elles

dans le cadre de la définition très étroite que donnent MM. Guillien et Boyer de l'acte juridictionnel.

Cette doctrine paraît recevoir une confirmation de deux observations complémentaires dont nous allons éprouver la force.

59. L'une des raisons principalement invoquées par les publicistes pour retrancher la décision de la notion d'acte juridictionnel, c'est le caractère accidentel qu'elle présente au regard de la structure de cet acte [1]. En effet, quantités d'actes juridictionnels ne comportent pas de décision; ainsi en est-il des jugements déclaratoires, des jugements de rejet ou encore des jugements préjudiciels sur la validité d'un acte administratif. La constatation au contraire, est un élément permanent de l'acte juridictionnel. C'est pourquoi on se plaît à souligner que ce pur acte d'intelligence par lequel le juge répond à une question posée sur la violation de la loi épuise par lui-même toute la fonction juridictionnelle; c'est pourquoi la constatation peut se présenter seule ou suivie d'une décision, dans ce dernier cas la décision n'est que la conséquence logique de la constatation, son prolongement sur le plan exécutoire : « En constatant la violation de la loi, écrit M. Guillien, le juge réalise la condition essentielle pour qu'une certaine activité d'exécution puisse fonctionner : celle qui répare les violations de la loi [2] ».

ont perdu le droit de demander à la justice de vérifier sur ce point qu'il y a violation de la norme objective. C'est qu'elles ont perdu leur droit d'action » (p. 452).

Cet effet « extinctif » serait, d'ailleurs, selon M. Boyer l'effet propre des principaux actes déclaratifs (mais non point de tous, comp. p. 364 et p. 366-367) : « Tout acte déclaratif a comme effet d'anéantir un droit pour en libérer un autre. Or, il en est bien ainsi en l'espèce : la disparition du droit d'action de celui qui a succombé a pour effet corrélatif d'écarter un des obstacles qui s'opposaient à la libre jouissance du droit ou de la situation juridique que le juge vient de reconnaître : cet obstacle, c'est la possibilité de contester, sur le plan juridique, ce droit ou cette situation, c'est la possibilité de paralyser la procédure exécutoire tendant à le mettre en œuvre » (p. 454).

Si séduisante que soit cette explication elle nous paraît singulièrement étroite dans la mesure où elle réduit le contenu du jugement déclaratif à celui d'un simple jugement déclaratoire, et dans la mesure où elle conteste le caractère totalement déclaratif des jugements de condamnation et des jugements gracieux.

1. Cf. Guillien, *op. cit.*, p. 145 et suiv.; cf. un exposé de la discussion et les nombreuses références citées dans l'article de M. Lampué, *La notion d'acte juridictionnel, Rev. dt pub.*, 1946, p. 5 et suiv.; cf. Bonnard, *Le critère matériel de l'acte juridictionnel, Mélanges Carré de Malberg;* cf. également la remarquable étude de M. Vizioz, *Observations sur l'étude de la procédure civile, Revue générale de droit*, 1927, p. 164 et suiv., 1928, p. 160 et suiv.; 1929, p. 261 et suiv.; 1930, p. 181

2. Cf. Guillien, *op. cit.*, p. 154.

Mais cette argumentation qui fut longtemps dirigée contre Duguit qui affirmait au contraire l'intime liaison entre la constatation et la décision [1], n'est peut-être pas sans réplique : elle n'a de valeur, en effet, que si l'on se réfère à un critère de l'acte juridictionnel exclusivement tiré de sa structure. Or, une telle attitude semble condamnée par le caractère essentiellement mouvant de la structure de l'acte juridictionnel : le seul fait que la décision n'est pas un élément permanent de cet acte n'est pas une raison suffisante pour l'en exclure; si une décision est parfois nécessaire n'est-ce pas parce que la seule constatation est, dans certaines hypothèses, impuissante à satisfaire la prétention? Il s'agit en effet de savoir quelle est la fonction, le but de l'acte juridictionnel; et à cet égard on peut se demander s'il a pour unique fonction de se prononcer sur la violation de la loi ou s'il n'a pas un but plus large qui serait de *satisfaire à tous égards une prétention juridique*?

Dans l'affirmative, on peut expliquer parfaitement que son contenu soit essentiellement variable puisqu'il est déterminé au premier chef par le contenu de la prétention elle-même; il y a une constatation isolée, ou une constatation suivie d'une décision, selon que la satisfaction complète de la prétention exige l'une seule ou les deux à la fois.

C'est là un point que nous nous efforcerons d'éclaircir dans nos développements ultérieurs.

60. Une autre raison n'est sans doute pas sans influence sur l'assimilation que l'on fait de la décision à un acte administratif : c'est la comparaison de la décision avec le jugement gracieux qui, lui aussi, est traditionnellement considéré comme un acte administratif.

On peut même remarquer que cette comparaison entre la décision et le jugement gracieux est, en définitive, le fondement essentiel de l'affirmation de l'effet constitutif de la première : on enseigne, en effet, d'une manière courante que le jugement gracieux, du fait même de son caractère administratif a un effet constitutif [2]. De là à affirmer que la décision est constitutive parce qu'elle a une nature semblable au jugement gracieux, il n'y a qu'un pas; il a été franchi.

1. Duguit. *Traité de dr. const.*, 3e éd., t. II, p. 418 et suiv.

2. Cf. Bertin, *Traité des ordonnances sur requêtes*, Paris, 1877; le rapport du conseiller de Peyramont, S. 68.I.73; Glasson, note, D. 95.I.5. Pour l'exposé et la critique de ce point de vue, cf. Japiot, *Rev. trim.*, 1912, p. 783 et suiv.; Guilmard, *La juridiction gracieuse*. Thèse, Caen, 1913, p. 72 et suiv.; cf. également les réserves de MM. Japiot (*traité*, n° 171) et Léon Mazeaud, article précité, p. 47.

La théorie du jugement constitutif s'est d'ailleurs, de tout temps, abritée derrière la distinction du jugement contentieux et du jugement gracieux. Merlin et surtout Planiol justifiaient l'effet constitutif de certains jugements contentieux en disant que le juge, ne se bornant pas à constater un droit préexistant, fait un « acte de tutelle et de haute administration » très proche d'un acte gracieux [1].

Or, rien n'est moins certain que les deux propositions successives sur lesquelles on s'appuie, à savoir le caractère constitutif et le caractère administratif du jugement gracieux.

Un bref examen suffit pour se convaincre que les jugements gracieux ne sont pas tous constitutifs [2].

Il est difficile de dire que le jugement qui ordonne la rectification d'un acte de l'état civil est constitutif. Le caractère constitutif des jugements d'homologation est lui-même fort douteux car, en somme le juge constate la validité d'un contrat préalable. Le caractère déclaratif des ordonnances de clôture des procédures d'ordre et de contribution est aussi indéniable puisque le magistrat y constate les droits des créanciers hypothécaires ou chirographaires et détermine la somme qui, légalement, doit revenir à chacun [3]. On peut même aller plus loin et se demander sur quoi l'on se fonde pour affirmer que les autres jugements gracieux sont constitutifs. En quoi le jugement qui autorise la femme dotale à aliéner la dot est-il créateur d'un droit? La femme dotale ne tient-elle pas de la loi même le droit d'aliéner la dot si elle remplit telle ou telle condition? Sans doute le juge doit-il intervenir pour contrôler les conditions d'existence de ce droit; mais contrôler n'a jamais voulu dire créer.

Quant au caractère extrajuridictionnel et administratif du jugement gracieux, il est affirmé de nos jours avec beaucoup moins de force qu'autrefois [4].

L'opposition de la juridiction contentieuse et de la juridiction gracieuse paraît singulièrement compromise par l'évolution que subit cette dernière depuis quelques années. Sans doute celle-ci conserve-t-elle toujours son autonomie par rapport à la juri-

1. Merlin, *op. cit.*, p. 759; Planiol, t. 1, 5e éd., § 446-449; cf. également pour l'exposé et la critique de cette comparaison, Esmein, *op. cit.*, p. 15 et suiv.; cf. également en Italie : Carnelutti, *Lezioni*, t. II, nº 71, p. 11.

2. Cf. Weil, *op. cit.*, p. 33 et suiv.; Japiot, *Rev. trim.*, 1912, p. 783 et suiv., Guilmard, *op. cit.*, p. 72 et suiv.

3. Henry, *La juridiction gracieuse*. Thèse, Nancy, 1913, p. 126.

4. Henry, *op. cit.*, p. 117; Japiot, *Rev. trim.*, 1912, article précité, p. 783; Guilmard, *op. cit.*, p. 73 et suiv.; Hébraud, D. 1946.I.333 (Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la Chambre du Conseil).

diction contentieuse dont elle se distinguera toujours par l'absence de litige qui la caractérise; mais elle tend en même temps à perdre la physionomie purement administrative qu'on se plaisait à lui reconnaître pour revêtir un aspect plus nettement juridictionnel.

On assiste en effet, depuis plusieurs années, à un phénomène de « dégradation des caractères juridiques de la juridiction gracieuse [1]» et à l'effritement lent, mais semble-t-il, progressif, des principes qui paraissaient faire la force principale des idées communément enseignées.

C'est ainsi que la notion de déni de justice a été étendue aux matières gracieuses. Le magistrat qui refuse de répondre une requête commet un déni de justice comme le juge contentieux qui refuse de trancher un litige [2].

D'autre part des idées qui paraissaient inébranlables comme celle du défaut d'autorité de chose jugée et celle, intimement liée à la précédente, de l'absence de voies de recours contre les décisions gracieuses disparaissent à l'heure actuelle ou s'atténuent [3].

La jurisprudence, tout en demeurant, en principe, fidèle aux préceptes classiques, tendait depuis longtemps à admettre dans une assez large mesure certaines voies de recours, comme l'opposition et l'appel, contre les jugements gracieux. Mais sans doute gênée par les formules doctrinales qu'elle ne voulait pas heurter de front, elle usait d'une technique détournée; chaque fois qu'une décision prise par un juge lui semblait de nature à compromettre les droits des tiers elle la qualifiait de contentieuse et la soumettait comme telle aux voies de recours du droit commun [4].

La loi du 15 juillet 1944 sur la Chambre du Conseil a consacré cette évolution en rendant les jugements gracieux susceptibles d'appel et d'opposition.

De telle sorte que la valeur même du principe du défaut d'autorité de chose jugée de ces décisions qui servait de fondement à l'hostilité aux voies de recours, se trouve aussi, sinon compromise, du moins remise en question et certains auteurs ont pu suggérer l'idée qu'il n'y a peut-être pas d'incom-

1. L'expression est de M. Hébraud (commentaire précité).
2. Cf. Guilmard, *op. cit.*, p. 31; Japiot, *Précis*, p. 559, nº 856.
3. Cf. Japiot, *Rev. trim.*, 1912, p. 781 et suiv.; Henry, *op. cit.*, p. 76 et suiv.; Hébraud, commentaire précité.
4. Cf. Henry, *op. cit.*, p. 80 et suiv. et réf. citées.

patibilité nécessaire entre les notions de chose jugée et de juridiction gracieuse [1].

Sans doute ne s'agit-il que de symptômes d'une évolution à peine amorcée mais qui paraît cependant animée d'une force d'expansion considérable.

Ceci donne, en tout cas, à réfléchir et fait planer des doutes graves sur la doctrine qui sépare la juridiction contentieuse et la juridiction gracieuse par une différence radicale de nature et qui, du même coup, retranche la seconde du domaine des actes de juridiction.

Tout semble indiquer au contraire que l'acte juridictionnel n'est pas seulement celui qui met fin à un litige et que jugement contentieux et jugement gracieux vivent côte à côte dans une commune dépendance avec la notion de juridiction. Cette idée, d'ailleurs, n'a pas toujours été dédaignée; on soutenait parfois au XIX^e siècle que la juridiction gracieuse est « une des formes simplifiées de la juridiction contentieuse [2] ».

Mais encore faudrait-il préciser la nature exacte du lien qui unit ces deux catégories de jugements. Une telle étude permettrait, en rapprochant les deux types de juridiction, de mettre en lumière le contenu véritable de la fonction juridictionnelle et par là même de préciser pourquoi tous les jugements, contentieux et gracieux, sont déclaratifs.

C'est à ce premier travail que sera consacré le chapitre suivant.

1. Hébraud (commentaire précité, spéc. p. 343, col. 1).
2. Cf. Bonjean, *Ordonnances sur requêtes*, n° 232; Bazot, *Ordonnances sur requêtes et référé*; Crépon, *De l'appel en matière civile*. Paris, 1888.

CHAPITRE II

LA NATURE DÉCLARATIVE DES JUGEMENTS

SECTION I

LA NOTION DE JURIDICTION

61. Notre but n'est pas de nous livrer ici à une étude abstraite et complète du critère de l'acte juridictionnel qui dépasserait le cadre de notre travail [1]. Notre ambition est plus modeste : nous voulons seulement à partir d'une comparaison du jugement gracieux et du jugement contentieux essayer de dégager les éléments généraux, ou si l'on préfère les constantes, de la juridiction. Les conclusions auxquelles nous aboutirons nous permettront tout naturellement d'expliquer dans la section suivante pourquoi tous les jugements, aussi bien gracieux que contentieux ont un effet déclaratif, et le contenu qu'il faut attribuer à cette dernière notion.

Nous nous livrerons donc essentiellement à l'étude des situations juridiques qui entraînent la nécessité de recourir au juge, à savoir la situation contentieuse et la situation gracieuse.

Ces deux situations sont apparemment très différentes : l'opposition de leurs éléments spécifiques — contestation dans l'une, absence de contestation dans l'autre — constitue le critère le plus sûr de la distinction des jugements gracieux et des jugements contentieux.

1. Sur la notion d'acte juridictionnel, cf. Lampué, *La notion d'acte juridictionnel. Rev. dt public*, 1946. Guillien, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée.* Thèse, Bordeaux, 1931; Chaumont, *Esquisse d'une notion d'acte juridictionnel. Rev. dt public*, 1942, p. 92 et suiv.; Waline, *Rev. dt public*, 1933; Bonnard, *La conception matérielle de l'acte juridictionnel. Mélanges Carré de Malberg*, p. 5 et suiv.; Vizioz, *Observations sur l'étude de la procédure civile. Revue générale de droit*, 1927, p. 164 et suiv., 1928, p. 160; 1929, p. 161 et suiv., 1930, p. 181; Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I., p. 420; Scelle, *Cours de principes de droit public*, 1944-1945; Jèze, *Éléments de droit administratif.*

Mais malgré ces différences capitales, il n'est peut-être pas impossible de leur trouver des points de comparaison, et par là même, d'esquisser une définition générale de la « fonction juridictionnelle ».

§ 1.

LA SITUATION CONTENTIEUSE

I. — La notion du litige.

62. La notion du litige a été assez négligée en France[1]. Qu'est-ce qu'un litige? Il existe une tendance assez répandue à répondre à cette question en définissant le litige sous son aspect strictement procédural, en négligeant ses éléments de fond. On néglige le conflit d'intérêts qui est à la base du litige sous prétexte qu'il est un élément extérieur à l'acte juridictionnel[2]. Aussi, « tout conflit d'intérêts n'étant pas un litige[3] », on ne considère le conflit d'intérêts que lorsqu'il est passé du plan économique sur le plan juridique par la formulation d'une demande en justice.

Cette conception aboutit à deux notions du litige qui nous paraissent l'une et l'autre défectueuses ou en tout cas insuffisantes.

La première consiste à dire que « pour qu'il y ait litige, il faut deux parties en cause dont chacune a des prétentions opposées[4] ».

Cette conception qui définit le litige par l'existence d'un demandeur et d'un défendeur a montré ses faiblesses lorsque l'on a voulu l'utiliser pour établir le critère du jugement contentieux par rapport au jugement gracieux : l'existence d'un adversaire n'est pas indispensable pour qu'il y ait jugement conten-

1. M. Vizioz a, à plusieurs reprises, attiré l'attention de la doctrine sur cette acune (cf. Préface au *Précis de Procédure civile*, de M. Bruillard, p. VI) ; M. Boyer dans sa thèse précitée, s'est efforcé de préciser cette notion (p. 40 et suiv.). Pour cet auteur le litige doit se définir à l'aide de deux éléments : un conflit d'intérêts, d'une part; une prétention juridique d'autre part, par laquelle l'un des deux intérêts aspire à la protection judiciaire (p. 41), mais pour qu'un litige soit juridiquement concevable, il faut ajouter un troisième élément : l'existence chez l'une des parties du droit d'action (p. 45).

2. Lampué, article précité, p. 23.

3. Carnelutti, *Lite e funzione processuale. Riv. dir. proc. civ.*, 1928, p. 28 et suiv.

4. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. I., p. 459.

tieux. Le jugement par défaut, le recours pour excès de pouvoir, le procès pénal sont contentieux malgré l'absence d'adversaire. En revanche dans certains cas la présence d'un adversaire ne suffit pas à donner à l'affaire un caractère contentieux : ce sont les hypothèses où la loi crée un contentieux artificiel avec le ministère public, par exemple pour la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée [1].

Ce critère n'est donc pas satisfaisant.

Aussi, préfère-t-on dire parfois que le litige consiste dans l'élévation devant un juge d'une prétention d'ordre juridique qui rencontre une résistance ou une opposition.

Cette nouvelle tendance stéréotype nettement les éléments du litige autour de deux idées : il faut une prétention qui a rencontré une résistance, il y a eu violation de la loi; il faut ensuite que cette prétention soit portée devant un juge, qu'il y ait exercice effectif du droit d'action.

Mais cette conception est également insuffisante : il est incontestable que le litige a une existence certaine en dehors de sa formulation dans la demande en justice; comment expliquer sans cela les sentences arbitrales qui terminent un litige, bien rarement concrétisé dans une instance?

D'autre part, réduire le contenu de la prétention du demandeur à une simple question posée au juge sur la violation de la loi ne permet pas d'expliquer le jugement déclaratoire qui statue précisément en dehors de la violation de la loi. Le contenu de la prétention — et par conséquent la substance du litige — peut être beaucoup plus large : le juge qui détermine le quantum d'un droit de créance ne se borne pas à dire que le droit a été violé.

63. Il nous apparaît donc plus rationnel de s'attacher non plus à l'aspect formel du litige, mais à ses éléments de fond.

Le doyen Hauriou soulignait que « le conflit d'intérêts n'appelle un juge que lorsqu'il est poussé à un certain degré d'acuité [2] »; c'est ce degré d'acuité qu'il s'agit de préciser.

On le découvre aisément si l'on réfléchit tant soit peu sur cette vérité toute élémentaire que la seule réunion des conditions d'existence d'un droit ne suffit pas à le rendre efficace dans la vie juridique.

Il y a des droits qui naissent de la combinaison d'un fait

1. Cf. Hébraud, D. 1946, L. 333 spéc., p. 336, 2e colonne.
2. Hauriou, *Les éléments du contentieux. Rec. Académie de législation*, Toulouse, 1905, p. 41-42.

*

matériel et d'une règle abstraite : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »; dans le cadre de l'article 1382 la production d'un dommage combinée avec la prescription légale fait naître au profit de la victime un droit à réparation. Est-ce à dire que ces deux conditions suffisent à la victime pour exercer effectivement ce droit? Nullement, il faut encore que le sujet passif de ce droit, en l'occurrence le responsable, reconnaisse qu'il existe réellement un lien de causalité entre son acte et le dommage, et que son acte constitue une faute. S'il nie, la victime ne peut effectivement exercer son droit, même s'il existe incontestablement.

La doctrine italienne, plus volontiers tournée vers les analyses un peu subtiles que la doctrine française, a souvent souligné ce phénomène auquel on ne prête généralement aucune attention, sans doute parce qu'il a un air d'évidence. M. Carnelutti écrit fort justement, à cet égard, que « la règle de droit abstraite n'a d'effets qu'à travers un jugement des parties [1] ». Jusque-là le droit existe, mais il est incertain.

Il est inutile d'ajouter que cette reconnaissance du sujet passif du droit, est au même degré nécessaire, lorsque le droit a sa source dans un contrat ou dans un acte juridique quelconque.

Dès lors si l'on prend conscience de cette nécessité d'une objectivation du droit pour assurer son efficacité, on touche du doigt la notion véritable du litige. *Il y a litige quand le prétendu sujet passif d'un droit refuse de reconnaître l'existence du droit qu'on lui oppose.* Cette négation peut porter sur l'existence même du droit ou sur certains de ses éléments; il se peut qu'en matière de créances d'indemnité, la victime fixe elle-même le montant de l'indemnité; ou qu'en matière de servitude de passage, elle fixe elle-même l'assiette de la servitude. C'est cette appréciation que le sujet passif peut nier; la résistance qu'il oppose peut également revêtir des formes variées, de la simple dénégation jusqu'à un acte positif en contradiction formelle avec la prétention de l'adversaire, en passant par le stade intermédiaire du simple refus d'exécuter ou de l'inertie non motivée.

Cette résistance a pour résultat de rendre le droit incertain

1. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 2e éd., Rome, 1946, p. 91. Cf. également les développements de M. Cosattini dans son ouvrage déjà cité sur *Il riconoscimento del figlio naturale*, p. 87.

et d'en paralyser, de ce fait, l'efficacité. Sans doute cette inefficacité n'est pas toujours complète. Sur le droit du demandeur — il faut supposer qu'objectivement ce droit existe — l'incertitude entraîne parfois une simple paralysie psychologique c'est ce qui peut se produire dans la situation préalable au jugement déclaratoire : deux propriétaires voisins sont dans l'incertitude sur l'étendue respective de leurs domaines; l'un d'eux a l'intention d'élever une construction sur un terrain dont il croit être propriétaire; son voisin lui fait savoir, extra-judiciairement, que ce terrain lui appartient — la crainte d'un jugement en sa défaveur peut très bien l'empêcher de construire; c'est pourquoi il aura recours au jugement déclaratoire. Mais la plupart du temps, le demandeur se trouve dans l'impossibilité matérielle d'exercer son droit; par exemple, le créancier d'indemnité, le propriétaire d'une chose non livrée ou le propriétaire qui n'est pas en possession.

En ce qui concerne le défendeur, la prétention du demandeur aboutit aussi, quoique avec une intensité plus limitée, à une simple paralysie de son droit ou de sa situation juridique (dans la mesure où ils existent). Elle peut aller de la simple absence d'opposabilité (par exemple le propriétaire en possession dont le droit est méconnu par un tiers) jusqu'à une paralysie effective à la suite de réflexes psychologiques (la crainte d'une décision donnant raison à son adversaire, pouvant l'empêcher, dans une certaine mesure, d'user de son droit).

Il n'y aura alors qu'un remède à ces diverses situations : comme nul ne peut se faire justice à soi-même, le titulaire du droit devra recourir au juge, qui se substituera au sujet passif pour reconnaître (ou nier) d'une manière définitive l'existence de ce droit.

II. — Le fondement du recours a la justice.

64. Techniquement, par conséquent, le recours à la justice est rendu nécessaire par la paralysie *pratique* dont le droit se trouve atteint du fait de la résistance du sujet passif.

Mais si l'on cherche la raison profonde et le fondement premier de la nécessité de recourir au juge, on s'aperçoit qu'ils se trouvent dans la règle : « Nul ne peut se faire justice à soi-même ».

Il faut que les conflits reçoivent une solution pacifique : le titulaire d'un droit ne peut l'exercer de son plein gré contre son sujet passif si celui-ci n'en reconnaît pas l'existence.

Dans ce cas, le titulaire du droit devra recourir au juge qui se substituera au sujet passif pour reconnaître ou pour nier d'une manière définitive et irréfragable l'existence de ce droit.

§ 2

LA SITUATION GRACIEUSE

I. — Les éléments caractéristiques de la situation gracieuse

65. En principe, les droits s'exercent librement pourvu que leur existence ne soit pas contestée par les personnes auxquelles on les oppose.

Mais une certaine zone de l'activité juridique est soustraite à cette procédure. Dans des hypothèses nettement déterminées la loi enlève aux parties la libre appréciation des conditions d'existence ou des conditions d'exercice de leurs droits ou de ceux qu'on leur oppose. Parfois même elle va plus loin, et enlève aux parties jusqu'à la libre appréciation de l'opportunité de l'exercice de leurs droits.

De telle sorte que l'efficacité de ces droits se trouve subordonnée, non pas simplement à la reconnaissance de leurs sujets passifs, comme en droit commun, mais à la vérification obligatoire et préalable par le juge de leurs conditions d'existence ou de leurs conditions d'exercice.

Le contrôle de l'activité juridique ne s'effectue pas au second degré comme en droit commun mais au premier degré. Il y a alors ce qu'on appelle une « situation gracieuse [1] ».

66. Le procédé technique employé par le législateur pour enlever aux parties la libre appréciation des conditions d'existence de leurs droits se ramène toujours à la stipulation de l'intervention obligatoire du juge, en l'absence de tout litige.

Mais la qualification de la décision du juge n'est pas toujours la même, selon les hypothèses.

1. Cf. Cosattini, *Il riconoscimento del figlio naturale*, p. 87. « Il n'est pas toujours vrai que l'existence d'un fait générateur de droit suffise par elle-même à le rendre efficace dans le monde du droit. Il appartient au législateur d'en suspendre l'efficacité jusqu'au moment de sa confirmation, soit parce qu'il s'agit de faits incertains par la nature des choses, soit parce que le législateur juge opportun à cause de l'importance sociale de l'intérêt de la question de subordonner l'efficacité du fait à la confirmation. »

a) Tantôt l'exercice du droit est subordonné à une *autorisation* judiciaire.

L'activité juridique de certaines personnes se trouve dans des hypothèses nettement déterminées soumise à un contrôle préventif. Ce contrôle a pour but de confier au juge le soin d'examiner si les conditions légales d'existence d'un droit sont effectivement réalisées.

Il est généralement imposé pour contrôler l'activité juridique des incapables et même de leurs représentants légaux (tuteurs, en particulier, conseil de famille). Mais il peut se retrouver aussi dans d'autres hypothèses où sa nécessité se fait sentir.

C'est ainsi que la femme dotale ne peut aliéner sa dot sans avoir obtenu auparavant une autorisation judiciaire. L'article 1558 du Code civil prévoit les conditions dans lesquelles la femme dotale peut aliéner sa dot : obtention de la mise en liberté de l'époux prisonnier, nécessité de fournir des aliments ou des soins à la famille, nécessité de payer les dettes de la femme, antérieures au mariage, etc... Si l'une de ces conditions est réalisée, la femme a le droit d'aliéner la dot.

Mais on conçoit que l'appréciation de la réalisation effective d'une de ces conditions est particulièrement délicate : il s'agit de savoir si, par exemple, la nécessité de fournir des aliments à la famille est réelle et si, d'autre part, l'aliénation de la dot est le seul moyen de salut. Si on laissait la femme dotale absolument maîtresse de cette appréciation, elle risquerait de se décider à aliéner sa dot dans un moment où les difficultés qu'elle traverse aveuglent son esprit critique et l'empêchent peut-être de voir d'autres solutions; elle pourrait même décider d'aliéner sa dot pour une raison quelconque, en sachant très bien qu'il y aurait d'autres moyens de résoudre la crise de trésorerie que subit le ménage.

C'est pourquoi la loi subordonne l'exercice du droit octroyé à la femme dotale par l'article 1558 à une autorisation judiciaire.

Le droit de la femme est frappé d'inefficacité tant que le juge ne se sera pas substitué à elle pour vérifier l'existence des conditions prévues par la loi pour aliéner la dot.

Le législateur utilise ce procédé dans des domaines divers, dont nous ne saurions entreprendre ici l'exploration complète [1]. On peut citer, en particulier, dans cet ordre d'idées la suspension légale de l'efficacité du droit du légataire universel qui ne peut appréhender les biens héréditaires, en l'absence de réservataires

1. Cf. Guilmard, *op. cit.*, p. 288 et suiv. et p. 280 et suiv.

qu'à la suite d'une ordonnance d'envoi en possession, qui peut se ramener au fond à une autorisation et à une vérification du titre du légataire et de l'absence de réservataires.

b) Tantôt c'est l'efficacité d'un accord de volontés qui est subordonnée à une *homologation*.

L'adoption, est l'exemple caractéristique de cette situation. Le Code civil, dans les articles 343 et suivants, énumère les conditions de fond de validité de l'adoption. Celle-ci n'est valable que s'il y a de justes motifs, s'il y a des avantages pour l'adopté et si le futur adoptant et le futur adopté remplissent les conditions d'âge minimum et maximum.

Mais les parties au contrat d'adoption ne sont pas souveraines maîtresses de l'appréciation de la réalisation effective des conditions légales, la loi décide que le contrat d'adoption ne produira ses effets qu'après une vérification officielle par le juge de sa régularité.

Les accords de volonté soumis par la loi à une homologation sont nombreux; les plus connus sont les transactions du syndic de faillite, le concordat de faillite, les délibérations du conseil de famille et la constitution du bien de famille insaisissable [1].

c) Tantôt, enfin c'est l'efficacité d'une situation juridique qui est paralysée et subordonnée à une *prononciation* du juge.

Il s'agit d'une série d'hypothèses dans lesquelles l'intervention du juge paraît au premier abord contentieuse : le divorce, la séparation de corps, la nullité du mariage, l'interdiction judiciaire, la faillite ont, en effet, une allure nettement contentieuse puisque la loi impose, pour la plupart d'entre eux, les formes du débat contentieux, ou puisque bien souvent c'est un désaccord initial qui impose au premier chef le recours au juge.

Mais le caractère contentieux de l'affaire est souvent plus formel que réel. Si, par exemple, les époux étaient d'accord pour divorcer, ils seraient cependant contraints de simuler un différend et de recourir au juge. Aussi pourrait-on parler dans ce cas de « contentieux par détermination de la loi [2] ».

Au surplus, qu'il y ait une contestation ou qu'il n'y en ait pas, la cause de divorce, même réalisée en fait, la cause d'interdiction ou la cause de faillite (cessation des paiements) sont, par elles-mêmes, en principe inefficaces tant qu'un jugement n'est pas venu constater officiellement leur existence.

1. Cf. Guilmard, *op. cit.*, p. 182 et suiv.

2. L'expression est employée par Japiot (note au S. 1920.I.181) à propos de l'ordre amiable, mais elle s'applique aussi au divorce.

On retrouve alors les deux éléments caractéristiques de la situation gracieuse [1] — recours obligatoire à la justice et inefficacité de la situation juridique.

67. Parfois la loi enlève aux parties jusqu'à la possibilité d'apprécier l'opportunité de l'exercice de leurs droits. Elle décide alors, non seulement que le recours à la justice sera obligatoire pour pouvoir exercer le droit, mais encore que le juge sera doté d'un pouvoir discrétionnaire.

Nous avons déjà eu l'occasion de parler du pouvoir discrétionnaire et de dire ce que, selon nous, il faudrait entendre par là [2]. Nous nous sommes ralliés à la définition de Japiot, selon laquelle le pouvoir discrétionnaire est celui qui permet au juge « de justifier sa décision par les résultats utiles qu'elle produira dans l'avenir et non pas par les faits passés [3] ».

Sans doute, le juge contentieux est-il quelquefois doté de ce pouvoir [4]. Mais il semble plus intimement attaché aux situations gracieuses et, à ce titre, certains auteurs déduisent de sa présence dans un jugement l'un des critères du caractère gracieux de cet acte [5].

Les exemples sont multiples : en matière d'autorisation de l'aliénation de la dot par la femme dotale, l'article 1558 énumère les cas dans lesquels la femme « pourra » obtenir l'autorisation; ce qui veut dire que même si les conditions requises sont réunies, le juge aura la possibilité de refuser l'autorisation en se fondant simplement sur la gravité des conséquences futures de cette aliénation. Il se peut, en effet, que la vente d'un immeuble soit momentanément inopportune en raison de la situation économique troublée; il se peut que la conservation du capital soit plus avantageuse que son aliénation pour effectuer sur un autre immeuble dotal de grosses réparations trop importantes pour la faible valeur qu'il représente.

Ainsi, le droit de la femme dotale se trouve contrôlé dans une mesure exceptionnellement large.

Il en est de même très souvent en matière d'homologation :

1. Sans doute le jugement produira tous les effets d'un jugement contentieux; mais ceci n'est pas incompatible avec la situation gracieuse qui se superpose à la situation contentieuse.
2. Cf. *supra*, n° 45, p. 75.
3. Japiot, *Rev. trim.*, 1912, p. 786 et suiv.
4. Cf. *supra*, n° 45, p. 75.
5. Cf. les discussions de M. Guilmard, *op. cit.*, p. 93. Un tel critère est selon nous inexact, en raison même de la présence du pouvoir discrétionnaire dans certaines décisions contentieuses. Nous voulons simplement dire qu'il correspond *surtout* aux situations gracieuses.

le juge chargé d'homologuer les transactions du syndic en matière de faillite tient compte de l'intérêt de la faillite et doit se demander si la transaction est préférable à un procès [1].

En matière d'homologation du concordat de faillite, l'opportunité du concordat constitue un élément fondamental de la décision du juge : on a vu des tribunaux refuser l'homologation, sous prétexte que « les dividendes stipulés étaient trop forts et disproportionnés aux chances qu'avait le débiteur d'exécuter le traité [2] ».

On pourrait multiplier les exemples. Leur description complète serait ici inutile : il suffit de retenir le procédé et d'analyser ses conséquences.

Nous avons vu que l'on avait tiré argument du pouvoir discrétionnaire du juge pour en déduire que la partie soumise à ce pouvoir n'a pas un droit véritable avant la décision du juge puisque celui-ci est libre de lui accorder ou de lui refuser ce qu'elle demande.

Il n'en est rien et ce raisonnement repose sur une insuffisance d'analyse. La loi en prévoyant formellement la vérification obligatoire de l'opportunité de l'exercice d'un droit comprend par là-même dans l'ensemble des conditions d'existence et d'exercice de ce droit un élément légal de l'existence du droit. Aussi le juge ne fait-il qu'apprécier la réalisation ou l'absence de réalisation de cette condition.

L'efficacité du droit est ici subordonnée à une condition supplémentaire. Il s'agit, non pas d'un droit discrétionnaire, mais d'un droit contrôlé [3].

Mais de telles limitations apportées au libre exercice de l'activité juridique des individus ne sont pas arbitraires. Elles sont imposées par des raisons spéciales qu'il nous faut maintenant examiner.

II. — Le fondement de la situation gracieuse.

68. Le fondement de la situation gracieuse apparaît si l'on observe que dans toutes les hypothèses dans lesquelles le légis-

1. Cf. Guilmard, *op. cit.*, p. 188.

2. Paris, 17 juin 1903, D. 1903.II.248; Guilmard, *op. cit.*, p. 191.

3. La terminologie que nous employons ici ne vise pas le même problème que celui qu'a traité remarquablement M. Rouast en parlant des *droits discrétionnaires et des droits contrôlés* (cf., *Rev. trim.*, 1944, p. 1 et suiv.). M. Rouast traite sous ce titre des droits dont l'exercice est contrôlé *a posteriori* par le juge au moyen de la théorie de l'abus des droits. Nous envisageons ici les droits dont l'exercice est contrôlé *a priori* par le juge.

lateur crée une situation gracieuse, il y a un intérêt particulièrement respectable à protéger.

Aussi pour protéger cet intérêt la loi renverse en quelque sorte la procédure normale de l'activité juridique : tandis qu'en droit commun l'activité juridique est libre, sauf à réparer après coup les atteintes individuelles à la légalité, en matière gracieuse au contraire, on cherche préventivement à éviter le dommage, car sa réparation *a posteriori* serait souvent impossible, en tout cas insuffisante.

Parfois il s'agit de protéger le titulaire du droit contre lui-même en lui évitant une fausse appréciation des conditions d'existence ou d'exercice de son droit, dont il pourrait se repentir par la suite : c'est le cas de la femme dotale lorsqu'elle veut aliéner sa dot. Ici l'intervention du juge est directement imposée par la nécessité de protéger la femme et aussi les intérêts généraux de la famille; elle est même une garantie effective de l'interdiction générale d'aliéner la dot. En effet si la femme pouvait, à sa guise, décider qu'elle se trouve dans les conditions exceptionnelles prévues par la loi pour aliéner la dot, elle pourrait, soit par erreur, soit par mauvaise foi, aliéner la dot même si ces conditions ne sont pas réalisées; de sorte que, l'exception devenant en fait un principe, l'interdiction générale d'aliéner la dot serait lettre morte.

Plus souvent il s'agit de protéger certains tiers qui sont directement intéressés par l'exercice du droit; c'est dans ce but que sont exigées les homologations judiciaires.

Le concordat de faillite est conclu entre le failli et la majorité des créanciers; mais les intérêts de la majorité ne concordent pas nécessairement avec ceux de la minorité. Aussi la loi a-t-elle exigé l'homologation pour que le juge vérifie, entre autre, si « des motifs tirés soit de l'intérêt public, soit de l'intérêt des créanciers » ne paraissent pas « de nature à empêcher le concordat » (art. 515 du Code de commerce).

C'est dans l'intérêt du failli lui-même et de l'ensemble de ses créanciers que certaines transactions importantes du syndic sont soumises à l'homologation (art. 487 du Code de commerce). Le syndic, en effet, peut mal apprécier les chances de succès ou de perte d'une instance judiciaire sur un litige opposant le failli avec un de ses débiteurs ou un de ses créanciers. Il ne faut pas que cette mauvaise appréciation compromette les droits du failli et surtout ceux de la masse.

Les mêmes nécessités imposent l'autorisation judiciaire pour

les cessions de créances difficiles à recouvrer faites par le syndic quand les créanciers sont en état d'union (art. 530 du Code de commerce).

C'est dans le but de protéger les héritiers présomptifs de l'adoptant qu'est imposée l'homologation du contrat d'adoption : la loi prévoit, en effet, que le contrat d'adoption ne sera valable que s'il y a de « justes motifs » à l'adoption; l'appréciation de ces justes motifs ne peut être laissée aux contractants eux-mêmes.

Lorsque la loi décide que l'aubergiste ne pourra vendre aux enchères les objets mobiliers abandonnés chez lui ou laissés en gage par un voyageur que si le juge de paix l'y autorise, elle assure la protection du voyageur lui-même contre la hâte ou la mauvaise foi de l'aubergiste.

L'exigence d'une ordonnance pour que le légataire universel puisse prendre possession des effets de la succession en l'absence de réservataires lorsqu'il a été institué dans un testament olographe ou mystique, est motivée par la nécessité de protéger les réservataires inconnus.

Il est inutile de passer en revue toutes les hypothèses. Il est bien évident qu'elles correspondent toutes à cette nécessité de protection des tiers intéressés[1].

Enfin, c'est parfois la nécessité de protéger l'ordre public qui pousse le législateur à créer une situation gracieuse. Ces motifs sont les seuls capables d'expliquer pourquoi le recours à la justice est imposé en matière de divorce, ou de séparation de corps, et en matière d'annulation du mariage. La protection de l'ordre public familial exige que les conditions requises par la loi pour la dissolution du lien conjugal soient effectivement réunies. Le contrôle de leurs conditions d'existence est alors indispensable.

***

69. La permanence dans toutes les situations gracieuses du désir du législateur de prévenir la lésion d'un intérêt particulièrement respectable corrobore et renforce la comparaison de la situation gracieuse avec la situation contentieuse. A l'ineffi-

1. Cette nécessité se retrouve aussi en matière d'interdiction judiciaire et en matière de faillite : il faut protéger la personne que l'on veut interdire; il faut protéger le failli et surtout ses créanciers.

On peut également retrouver cette nécessité à la base des homologations des délibérations du conseil de famille : il s'agit, pour les actes importants de la gestion du patrimoine du mineur de protéger préventivement le mineur lui-même contre une gestion inopportune de ses représentants légaux. (Sur tous ces points, voir Guilmard, thèse précitée, p. 163 et suiv.).

cacité d'un droit ou d'une situation juridique qu'elles engendrent toutes deux s'ajoute un autre élément qui les rapproche : Dans les deux cas l'intervention du juge a pour fondement général la protection des intérêts privés [1]. C'est en effet cette idée de haute tutelle, qui est à la base de la règle : « Nul ne peut se faire justice à soi-même » et qui se retrouve avec une force plus intense, nous venons de le voir, en manière gracieuse.

Les analogies que l'on peut ainsi souligner entre la juridiction contentieuse et la juridiction gracieuse ne sont pas, d'ailleurs, purement fortuites, mais s'expliquent aussi bien historiquement que techniquement par un phénomène d'attraction exercée par la juridiction contentieuse sur la juridiction gracieuse, celle-ci inspirant et modelant celle-là.

L'histoire montre, en effet, que la juridiction contentieuse est apparue la première pour répondre à la nécessité toute naturelle de donner une solution pacifique aux contestations nées entre les individus. Ce n'est qu'après coup et une fois que la juridiction contentieuse fut organisée que se forma, à son image, la juridiction « volontaire ». A Rome les parties se présentaient volontairement devant le juge et simulaient un procès[2]. Peu à peu la dissociation des deux types de juridiction s'est faite, chacune prenant un aspect propre. Mais le développement croissant de la juridiction gracieuse n'a jamais cessé d'être inspiré par le désir des individus de s'octroyer par l'intervention du juge le bénéfice des garanties juridictionnelles dans certaines hypothèses.

Aujourd'hui l'évolution est achevée et c'est le législateur lui-même qui « avant même qu'une contestation ait éclaté et, en prévision de cette contestation que les circonstances rendent vraisemblable ou que la gravité de l'acte rendrait redoutable, provoque préventivement une vérification de droit comportant les garanties juridictionnelles [3] ».

Techniquement enfin l'attraction de la juridiction contentieuse sur la juridiction gracieuse apparaît certaine si l'on réfléchit tant soit peu au procédé employé par le législateur pour assurer effectivement la protection préventive des intérêts qui lui semblent respectables. En subordonnant l'efficacité du droit au recours au juge il frappe le droit ou la situation juridique d'une présomption d'inexistence ou d'invalidité et crée par là-

1. Voir à ce sujet les pénétrantes réflexions de M. Hébraud au D. 1946, L. 334.
2. Cf. Guilmard, *op. cit.*, p. 22.
3. La citation est de M. Hébraud (commentaire précité).

même en quelque sorte un contentieux artificiel secondaire. Il se substitue par avance au tiers susceptible d'être lésé par l'exercice abusif ou illégal de ce droit en élevant à sa place le contentieux : lorsqu'il oblige la femme dotale à faire vérifier par le juge qu'elle remplit toutes les conditions requises pour aliéner la dot, il présume qu'elle apprécie mal son droit et par là même la « contredit », dans son propre intérêt et en prévision de la contradiction qu'elle pourrait être tentée par la suite de s'apporter elle-même si elle regrettait d'avoir aliéné sa dot.

Lorsqu'il impose l'homologation du concordat il présume que les conditions légales n'ont pas été respectées et que les intérêts de la minorité n'ont pas été sauvegardés; et par là même il contredit les parties au concordat, au lieu et place et dans l'intérêt des créanciers de la minorité.

Parfois même il va encore plus loin dans l'utilisation du procédé contentieux : en même temps qu'il impose le recours à la justice, il impose aussi à l'instance les formes mêmes du débat contradictoire [1]. Il s'agit essentiellement des cas où il faut protéger l'ordre public : le divorce, la séparation de corps, se présentent obligatoirement sous la forme d'un débat. C'est qu'il importe ici que les garanties propres et plus fortes du jugement contentieux soient adjointes à la décision.

Ce phénomène de pénétration du contentieux dans le gracieux se retrouve aussi dans les hypothèses où la protection de l'ordre public n'est pas directement en jeu, telle par exemple l'adjudication par saisie immobilière ou l'ordre amiable. C'est qu'ici le danger de la lésion des tiers intéressés par l'usage du droit de saisir ou du droit de collocation présente une gravité particulière et il importe que les divers intéressés soient directement représentés dans l'instance.

70. Ainsi se précisent et se fortifient les critiques provisoires que nous avions cru devoir adresser à la fin du chapitre précédent à la théorie traditionnelle qui établit entre la juridiction contentieuse et la juridiction gracieuse une différence radicale de nature, la première seule étant juridictionnelle, la seconde étant administrative.

Il n'y a en réalité entre la situation gracieuse et la situation contentieuse que des différences de degré [2], tenant à la présence d'une contestation réelle dans l'une et à la simple prévision de la lésion d'un intérêt dans l'autre.

1. Cf. Hébraud, commentaire précité.
2. Cf. Hébraud, commentaire précité.

Mais, dans les deux, le recours à la justice a pour fondement général la nécessité de soumettre les intérêts privés à la tutelle du droit et pour fondement pratique l'*inefficacité d'un droit ou d'une situation juridique.*

Ces caractéristiques fournissent les éléments généraux préalables à l'acte juridictionnel et font pressentir ce que sera sa fonction.

La fonction juridictionnelle est d'abord une fonction de protection de la sécurité juridique en général. A ce titre elle consiste toujours dans la vérification de la valeur juridique d'une prétention. Cette vérification se retrouve, en effet, aussi bien dans le jugement contentieux que dans le jugement gracieux.

C'est ensuite une fonction de restitution de l'efficacité des droits ou des situations juridiques. A ce titre le jugement peut se définir comme l'*acte qui permet à un droit ou à une situation juridique préexistants mais entravés à des degrés divers dans leur efficacité de produire leurs effets.*

Aussi comprend-on que son contenu soit essentiellement variable et qu'il comporte tantôt une constatation unique et tantôt une constatation accompagnée d'une décision selon que la restitution de l'efficacité du droit exigera simplement la première ou les deux à la fois.

Ainsi les techniques que met en œuvre le jugement sont-elles variées et ses effets sont-ils complexes.

C'est à la détermination exacte de ces effets qu'il nous faut maintenant nous attacher dans la section suivante.

SECTION II

L'EFFET DÉCLARATIF DES JUGEMENTS

71. Les effets généraux des jugements apparaissent si l'on se réfère à la description que nous venons de faire du contenu de la fonction juridictionnelle :

— tout jugement se prononce, explicitement ou implicitement sur l'existence ou l'inexistence d'un droit au profit de la partie demanderesse ou requérante. On peut dès lors affirmer qu'il n'est jamais constitutif d'un droit substantiel;

— mais, d'autre part, le jugement permet à ces droits préexistants, mais à des degrés divers inefficaces, de s'exercer désormais complètement et librement. A ce titre, le jugement joue un rôle considérable et exerce une action très réelle sur le droit ou la

situation juridique préexistante en lui apportant ce qui précisément lui manquait dans le passé pour avoir une efficacité complète.

Les effets des jugements sont donc complexes; à la fois négatifs sur la création du droit, et positifs sur l'efficacité du droit.

Dès lors leur qualification même paraît embarrassante; le caractère déclaratif qui, logiquement, découle de leur effet négatif n'est-il pas contredit par leur effet positif?

En vérité, il n'y a de contradiction possible que si l'on se réfère à la conception classique du jugement déclaratif. Selon cette théorie, nous l'avons vu, le jugement déclaratif *stricto sensu* est celui qui se borne à constater un droit préexistant sans le modifier.

Mais presque tous les jugements se dérobent à l'étreinte de cette définition : le jugement déclaratoire lui-même qui, effectivement, se borne à constater un droit préexistant, modifie cependant dans une mesure assez considérable la situation antérieure, puisqu'à une situation incertaine, il substitue une situation certaine et incontestable. Il suffit d'ailleurs de réfléchir un instant pour s'apercevoir que si le jugement déclaratif ne modifiait pas la situation antérieure, son utilité serait nulle [1].

En réalité, c'est par son effet négatif sur la création du droit et son effet positif sur l'efficacité de ce droit que le jugement joue dans la vie juridique son rôle propre et original. La synthèse de ces deux effets complémentaires n'est nullement incompatible avec l'idée d'effet déclaratif puisque, en toute hypothèse, le jugement n'est jamais constitutif de droit [2].

Au contraire, elle la précise en décrivant son contenu véritable jusque-là laissé dans l'ombre.

La dissociation de l'effet positif des jugements d'avec un effet réellement constitutif, et l'intégration de cet effet positif dans la notion de déclarativité permet d'exprimer les effets des jugements par une conception unitaire. Les jugements ont tous le même contenu; il ne saurait y avoir que des différences de

1. Cf. Boyer (*op. cit.*, p. 452) qui souligne très pertinemment que du seul fait que le jugement est un acte juridique, il doit nécessairement modifier la situation antérieure.

2. C'est parce qu'ils n'ont pas opéré cette intégration de l'effet positif des jugements dans le concept d'effet déclaratif que les tentatives de MM. Montagne (*op. cit.*) et Weil (*op. cit.*) pour nier l'existence des jugements constitutifs n'ont pas paru convainquantes. Nous avons montré en effet (*supra*, n° 55), que M. Montagne analyse le jugement dit constitutif en une simple constatation d'un rapport de droit antérieur. En appliquant ainsi à ce jugement la théorie classique du jugement déclaratif, M. Montagne ne tenait aucun compte de ses effets considérables sur le fond du droit.

degré dans l'étendue de leur action sur le fond du droit et dans les procédés techniques qu'ils mettent en œuvre.

72. L'étendue de l'action des jugements sur la situation antérieure est déterminée par le degré d'inefficacité dont le droit était frappé avant l'intervention du juge.

L'étude que nous avons faite de la situation contentieuse et de la situation gracieuse a fait apparaître que dans la situation contentieuse le droit est atteint d'une simple *inefficacité pratique* résultant de l'incertitude engendrée par le litige sur son existence. Dans la situation gracieuse, l'inefficacité du droit est plus forte : il s'agit d'une *inefficacité juridique* créée par le législateur lui-même.

Dès lors le procédé technique employé par le juge pour rendre ou pour donner au droit toute sa puissance sera différent dans les deux cas : tantôt il suffira d'une simple constatation officielle de l'existence du droit pour le libérer de son entrave; tantôt il faudra un ordre du juge qui conférera au droit l'efficacité juridique qui lui faisait défaut [1].

De telle sorte qu'il faut substituer à la distinction traditionnelle des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs fondée sur une différence de nature, une autre distinction fondée sur des différences de degré et sur la diversité des procédés techniques employés par le juge pour rendre au droit son efficacité. Dans cette perspective, il faudra distinguer des jugements en quelque sorte *indicatifs* et des jugements en quelque sorte *impératifs*.

On remarquera que cette distinction traduit, à son tour, le traditionnel cumul de la *jurisdictio* et de l'*imperium* entre les mains du juge.

Mais il faudrait cependant se garder d'établir entre ces deux catégories de jugements une séparation rigoureuse. Nous verrons,

1. Cette conception n'est d'ailleurs pas complètement étrangère à certains auteurs. En Italie, M. Carnelutti, a souligné que l'effet de certains actes juridiques (les actes d'*accertamento*, dont les jugements sont le prototype) consiste très spécialement à accroître la force juridique de la situation confirmée, en aidant à vaincre « cette inertie qui est constitutive de l'incertitude » (*Teoria generale del diritto, op. cit.*, p. 202). M. Carnelutti a même employé à ce sujet l'expression très significative d' « efficacité déclarative » (*op. cit.*, p. 303). Cf. Calamandréi, *Appunti sulla sentenza comme fatto giuridico. Riv. dir. proc. civ.*, 1932.I.45. Cf. en France les observations de M. Voirin (*Cours de droit civil français* de Ch. Beudant, par Robert Beudant et Lerebours-Pigeonnière, t. IV, spéc. p. 703). Cf. ég. les motifs d'un arrêt de Cass. civ., 7 janv. 1885, S. 85.I.152 (Un jugement ne crée pas les droits mais les déclare et *les rend efficaces*). Cf. ég. Henry (*op. cit.*, p. 119, note 1) qui, ne reculant pas devant une formule exagérée parle des jugements « extensifs de droit ».

en effet, que si l'élément « indicatif » correspond plus particulièrement à la technique du jugement contentieux et l'élément « impératif » à celle du jugement gracieux [1] la réunion des deux procédés est fréquente dans un même jugement; la constatation d'un droit, élément principal du jugement contentieux, exige parfois comme complément une décision impérative pour donner à ce droit un supplément d'efficacité; et la décision impérative, élément principal du jugement gracieux, impliquant nécessairement la constatation implicite d'un droit préexistant.

D'autres raisons expliquent d'ailleurs que ces deux procédés puissent être employés en même temps par le même juge : c'est le double phénomène de pénétration du contentieux dans le gracieux et du gracieux dans le contentieux que nous avons eu l'occasion de souligner : certains jugements répondent à une situation gracieuse, créée par le législateur mais dans laquelle l'élément contentieux vient se surajouter (jugement de divorce par exemple). D'autre part, nous avons remarqué que le fondement premier du recours à la justice en matière contentieuse se trouve en dernière analyse dans la règle « nul ne peut se faire justice soi-même » : dès lors, le titulaire du droit ne peut effectivement l'exercer contre son débiteur qu'à la suite d'une condamnation.

Nous allons vérifier ces idées générales en étudiant les deux types de jugements qu'il faut, selon nous, distinguer.

§ 1.

LES JUGEMENTS DÉCLARATIFS « INDICATIFS »

73. Le type du jugement « indicatif » c'est le jugement contentieux. Il a, en effet, essentiellement, pour objet de mettre fin au litige, c'est-à-dire soit de briser soit de légitimer la résistance apportée par le sujet passif d'un droit à la prétention du demandeur.

1. Nous précisons que, du point de vue un peu particulier auquel nous nous plaçons, il y a jugement gracieux au *sens large* quand un jugement intervient pour mettre fin à la situation gracieuse, telle que nous l'avons définie (nécessité légale de recourir au juge même en cas d'accord de volontés). Dès lors, nous serons amenés à envisager à propos des jugements gracieux des décisions qui, *en la forme*, ont un caractère contentieux, comme le jugement de divorce par exemple. Dans ces décisions le juge emploie cumulativement le procédé « indicatif » (dans la mesure où le jugement est contentieux en la forme) et le procédé « impératif » (dans la mesure où la loi impose le recours à la justice pour que la cause de divorce puisse produire ses effets.)

Par cette résistance le droit du demandeur est rendu incertain et paralysé pratiquement : il suffira alors au juge de constater l'existence de ce droit pour lui donner la certitude qui lui manquait pour être efficace. La transformation qu'il opère alors est malgré tout considérable; et l'erreur de la théorie classique consiste essentiellement à n'avoir pas observé les modifications apportées au droit préexistant par cette constatation officielle.

La constatation du juge a pour effet principal de rendre le droit du demandeur opposable au défendeur, sans que celui-ci puisse désormais le nier.

Elle réalise à son encontre en quelque sorte le *summum* de l'opposabilité puisqu'elle détache le droit du demandeur de sa cause en le rendant abstrait. Le débiteur sera à l'avenir obligé en vertu du jugement sans qu'il puisse critiquer la cause initiale de sa dette [1].

C'est ce résultat que l'on traduit en disant que les jugements contentieux sont assortis de l'autorité de la chose jugée : la certitude apportée au droit est définitive. Le défendeur ne pourra plus à l'avenir contester l'existence du droit du demandeur.

Inversement si le juge déboute le demandeur, celui-ci ne pourra plus obtenir gain de cause devant un tribunal à propos du même litige et devant le même défendeur. On exprime généralement cette impossibilité en disant que le demandeur ne peut plus recommencer le procès car il se heurterait à une fin de non-recevoir tirée de la chose jugée [2]. Cette identification de l'exception de chose jugée à une fin de non-recevoir, quoique traditionnellement admise, n'est peut-être pas très fondée. Elle s'explique par la coïncidence de fait des effets de l'exception de chose jugée et des effets de la fin de non-recevoir; le moyen tiré de la chose jugée coupe naturellement court à tout débat sur le fond. Mais cela implique-t-il une identité de nature entre les deux moyens? C'est peu probable car, si l'on réfléchit bien, l'exception de chose jugée se rapproche beaucoup de la défense au fond : elle constitue le moyen de preuve par excellence et irréfutable de l'absence de droit du demandeur et de l'existence du droit du défendeur.

1. Cf. Japiot, *Traité élémentaire* (*op. cit.*, p. 439, nº 623). Il faut également souligner que ce phénomène de dissociation du droit et de sa cause participe de celui de l'abstraction, et non pas de la novation : c'est-à-dire que la cause de l'obligation du défendeur est présumée existante, mais n'est pas dénaturée. Si une créance avait à l'origine un caractère commercial, elle ne le perdra pas par le jugement.

2. Cf. Bruillard, *op. dit.*, nº 304.

Il n'y aurait pas que des intérêts théoriques à insister sur l'aspect probatoire et substantiel de la chose jugée plutôt que sur son aspect procédural, plus artificiel. Il suffit de songer aux inconvénients qui résultent depuis 1935, de l'assimilation de l'exception de chose jugée à une fin de non-recevoir. On sait que le décret-loi du 30 octobre 1935, organisant la réforme de la procédure civile, a prescrit l'obligation d'invoquer les fins de non-recevoir *in limine litis*, comme les exceptions de procédure (art. 192, du Code de procédure civile). Logiquement, par conséquent, l'exception de chose jugée assimilée à une fin de non-recevoir devrait elle aussi être invoquée *in limine litis*. La Cour de cassation, sentant bien l'injustice de cette solution s'efforce, semble-t-il, de l'écarter; mais elle est obligée de recourir à des moyens artificiels et hasardeux [1]. Il serait bien plus simple de mettre directement en lumière le caractère de défense au fond de la chose jugée.

La constatation du juge apporte, en outre, d'autres éléments nouveaux au droit du demandeur; il se peut, nous l'avons vu dans la section précédente en étudiant la situation contentieuse, que le droit du demandeur soit, non seulement incertain dans son existence mais encore dans son contenu. S'il s'agit, par exemple, d'une créance de dommages-intérêts née à la suite d'un délit ou d'un quasi-délit, le montant de la somme due par l'auteur du dommage est indéterminé. Le juge le déterminera et le précisera en appliquant les règles légales abstraites, au cas concret qui lui est soumis.

74. Mais la simple constatation du droit n'est pas toujours suffisante à le rendre complètement efficace. Il suffit, pour s'en rendre compte, de se référer aux différents aspects que peut revêtir le litige.

Tantôt il ne porte que sur les conditions d'existence, du droit, tantôt il porte aussi sur ses conditions d'exercice, sur son exécution.

Dans le premier cas, la certitude est en elle-même une fin et le juge rendra un simple jugement déclaratoire [2]. Dans le deuxième cas, le plus fréquent, il faudra quelque chose de plus, une condamnation, un ordre véritable.

1. Civ. 19 déc. 1941, D. C. 1942, J. 113. Note Carbonnier; *Rev. trim.* 1942.189 (Lagarde). Cf. égal. Vizioz, *Rev. trim.*, 1943.135.

2. Cf. Chiovenda, *Azioni e Sentenze di mero accertamento. Riv. dir. proc. civ.*, 1933.I.3 et s.; Rossi, *Sull'attitudine delle sentenze di accertamento a fondare l'azione esecutiva. Riv. proc. civ.*, 1925.II.208; Furno, *Del mero accertamento come sanzione. Archivio giuridico*, 1938, p. 187 et suiv.

Derrière la nécessité de cet ordre se profile la règle : « Nul ne peut se faire justice à soi-même »; lorsqu'un droit est contesté, le juge doit vérifier son existence et ordonner ensuite son exécution.

Au surplus la nécessité d'un ordre du juge pour qu'un droit puisse s'exécuter s'explique par le fait que les conditions d'exercice des droits sont parfois réglementées *a priori* par le législateur qui, de ce fait, les soumet à un contrôle en cas de contestation. Dans certains cas, le juge contentieux est investi d'un pouvoir discrétionnaire; ainsi l'article 1244 du Code civil permet au juge « en considération de la position du débiteur et compte tenu de la situation économique », d'accorder au débiteur des délais de paiement. On retrouve alors les traits essentiels du phénomène gracieux (nécessité légale de recourir au juge et pouvoir discrétionnaire) avec cette différence essentielle qu'une contestation réelle est la condition *sine qua non* de l'intervention du juge, et que le droit n'est pas, par conséquent frappé *a priori* d'inefficacité juridique par le législateur (il est simplement atteint d'inefficacité pratique).

Le jugement de condamnation modifie donc plus profondément la situation antérieure que le simple jugement d'affirmation : on dit qu'il entraîne au bénéfice du demandeur l'*actio judicati*, la faculté de contraindre le défendeur à exécuter ses obligations par l'exécution forcée [1]. Cette action est elle-même douée d'une vie propre puisqu'elle se prescrit par trente ans à partir du jour où la décision a été rendue et puisqu'elle se substitue ainsi à la prescription propre au droit lui-même; de telle sorte que si le droit était assorti d'une courte prescription (droit de créance matérialisé sur une lettre de change, par exemple, qui se prescrit par cinq ans) cette prescription serait rajeunie et transformée en prescription trentenaire [2].

A cette énergie nouvelle qu'il confère au droit, le jugement de condamnation ajoute une garantie supplémentaire, il entraîne une hypothèque judiciaire sur les biens du débiteur [3].

L'effet positif du jugement contentieux est donc considérable. Mais il n'est pas incompatible avec la notion d'effet déclaratif : en aucun cas les modifications apportées au droit préexistant par le jugement ne sauraient se confondre avec la création de ce droit : il lui restitue son efficacité ou parfois il augmente son efficacité naturelle en lui apportant des garanties nouvelles.

1. Japiot, *Traité*, nº 155.
2. Cf. Japiot, *Traité*, nº 623.
3. Cf. Japiot, *Traité*, nº 155.

Il n'y aurait même pas d'incompatibilité avec la notion d'effet déclaratif si le jugement conférait directement au droit une efficacité juridique dont il était dépourvu auparavant.

Nous allons voir que c'est là l'effet essentiel des jugements « impératifs ».

§ 2.

LES JUGEMENTS DÉCLARATIFS « IMPÉRATIFS »

75. La description des effets de ces jugements est chose facile. Ils sont extrêmement simples tout en étant très forts. Le jugement impératif est celui qui correspond à la situation gracieuse, telle que nous l'avons déjà définie. Le droit du requérant était avant l'intervention du juge frappé *a priori* d'inefficacité juridique par le législateur. La loi décidait qu'il ne pourrait s'exercer sans que le juge ait vérifié ses conditions d'existence ou ses conditions d'exercice et qu'il ne produirait ses effets qu'à partir du jour de la décision. Le rôle du juge est donc aisément perceptible : il va ordonner ou permettre, en vertu des pouvoirs que lui confère la loi, que le droit produise ses effets. Il va lui conférer directement l'efficacité juridique.

Désormais la femme dotale pourra vendre son immeuble dotal, c'est-à-dire exercer le droit qu'elle tenait de l'article 1558 du Code civil. Le concordat de faillite produira les effets que la loi attache à sa conclusion régulière; il en sera de même pour tous les accords de volonté soumis à homologation ou à validation.

D'autre part, tous les faits juridiques dont la loi suspend l'efficacité jusqu'à l'intervention judiciaire vont produire leurs conséquences caractéristiques : la cause du divorce, la cause de séparation de corps, la cause d'interdiction ou la cause de faillite vont, grâce à l'efficacité que leur confère le jugement produire les effets que la loi attache à leur existence.

C'est cette production d'efficacité du jugement impératif que l'on confond traditionnellement avec l'effet constitutif.

Nous n'avons plus à faire la critique de cette analyse. Nous en avons montré les faiblesses tout au long de cette étude sur les jugements. La théorie des jugements constitutifs repose sur une confusion verbale. On a confondu l'expression effet constitutif avec celle d'effet positif qui nous paraît plus habile à caractériser l'action des jugements « impératifs »; un acte est réellement

constitutif lorsqu'il crée de toutes pièces un droit ou une situation juridique. C'est ainsi que le contrat de société est un acte constitutif ou que la prescription est constitutive ou acquisitive du droit de propriété.

Mais les jugements dont nous parlons ne créent par eux-mêmes aucun droit ni aucune situation nouvelle : le jugement de divorce par exemple n'est que la déduction officielle d'une prescription légale; le juge « prononce » le divorce mais ne le crée pas. En réalité il applique simplement la loi qui prévoit que lorsqu'une cause de divorce sera réalisée en fait, le mariage devra être dissous, à la demande de l'époux.

Certes son rôle paraît particulièrement important puisque sans lui les époux sont toujours liés l'un à l'autre, mais il n'est jamais que la condition d'efficacité de la cause du divorce, il n'est pas sa condition d'existence, car il faudrait admettre alors qu'il est plus puissant que législateur lui-même, qu'il n'applique pas la loi, mais qu'il la crée [1].

Il ne faut pas perdre de vue en réalité que dans tous les jugements « impératifs », l'intervention du juge est exigée pour vérifier l'existence d'un droit. Tous ces jugements comportent donc, implicitement il est vrai, une constatation. C'est cette constatation permanente d'un droit préexistant qui est, au fond, nous l'avons souligné, leur raison d'être essentielle puisque leur intervention est imposée par la loi pour vérifier *a priori* et avant toute exécution effective la valeur juridique d'une prétention. Leur essence répugne donc à toute idée d'effet constitutif.

76. La présence d'une constatation implicite dans le jugement « impératif » pose d'ailleurs un problème d'une acuité particulière.Cette constatation produit-elle par elle-même des conséquences juridiques comme celle qui est contenue explicitement dans le jugement « indicatif »? A-t-elle la vertu de rendre le droit désormais incontestable ? Pour parler en termes plus

1. Peut-être fera-t-on à la distinction que nous proposons entre l'efficacité de la cause du divorce et l'existence même de cet état, l'objection suivante : « Si le juge ne confère pas à la cause du divorce l'efficacité, le divorce n'aura en fait et même en droit, aucune existence? Ce serait faussement raisonner car le juge est lié par l'existence antérieure de la cause de divorce; s'il nie à tort son existence, il viole la loi et sa décision encourt la cassation. Par conséquent s'il proclame qu'elle n'existe pas, et s'il a raison, l'objection ne porte plus.

Nous avons vu d'autre part (cf. *supra*, p. 73 et 74) que la cause de divorce produisait par elle-même certains effets partiels, ce qui est bien le signe qu'elle est la source première du divorce.

techniques, le jugement impératif ou gracieux entraîne-t-il l'autorité de la chose jugée?

Il faut tout de suite écarter de la discussion certains jugements appartenant à cette catégorie et qui par conséquent sont gracieux dans le fond et par la nature de l'affaire, mais qui sont contentieux dans la forme (le jugement de divorce de séparation de corps, d'interdiction judiciaire, le jugement déclaratif de faillite, le jugement de vérification d'écriture, etc.); ces jugements sont naturellement assortis de l'autorité de chose jugée dans la mesure où le caractère contentieux de l'affaire l'emporte sur le caractère gracieux dans la détermination des règles de procédure.

Mais tous les autres jugements impératifs ou, si l'on préfère, tous les autres jugements gracieux ont-ils l'autorité de la chose jugée?

Une doctrine quasi unanime et bien connue enseigne, avec la tradition que les jugements gracieux n'ont aucune autorité [1]. On veut dire principalement par là que l'acte gracieux est essentiellement précaire et révocable, le requérant pouvant à son gré demander au juge la rétractation de sa décision antérieure ou bien ayant la possibilité si sa requête n'a pas été satisfaite une première fois de la présenter à nouveau devant le même juge, avec succès. Les fondements que l'on donne à ce principe sont divers et tous plus ou moins contestables. On a, tour à tour, et parfois cumulativement invoqué les éléments que l'on utilisait par ailleurs, pour établir le critère de l'acte gracieux.

C'est ainsi que le jugement gracieux n'aurait pas d'autorité de chose jugée parce qu'il se déroule en l'absence d'un adversaire; de ce fait le juge a pu dit-on, être mal renseigné, d'autre part, il faudrait chercher l'explication de l'absence de chose jugée dans le caractère administratif du jugement gracieux ou dans l'utilisation par le juge du pouvoir discrétionnaire.

Ces divers arguments, loin de se prêter un mutuel concours, présentent tous la faiblesse de ne pas mettre en avant comme fondement de l'absence de chose jugée des décisions gracieuses un élément vraiment caractéristique de ces décisions elles-mêmes. Le caractère administratif du jugement gracieux, est, en effet, plus que contestable et personnellement nous le nions radicalement; d'autre part, le pouvoir discrétionnaire est sans doute plus fréquent dans le jugement gracieux que dans le jugement contentieux, mais il se retrouve parfois dans ces

1. Cf. Henry, *op. cit.*, p. 131 et suiv.; Guilmard, *op. cit.*, p. 409 et suiv.

derniers et n'est pas alors incompatible avec l'autorité de chose jugée. Quant à l'idée d'absence d'adversaire, si elle est propre au jugement gracieux, elle justifie mal son absence d'autorité car il y a, en matière contentieuse certaines hypothèses où le jugement peut être rétracté, malgré la présence d'un adversaire (pour certaines demandes provisoires intentées au cours d'une instance contradictoire) [1].

Aussi peut-on se demander si le principe traditionnel du défaut d'autorité du jugement gracieux est réellement imposé par la nature des choses [2].

Nous ne le pensons pas. Le principe de l'autorité de chose jugée de la décision gracieuse est, selon nous, lié au caractère juridictionnel que nous avons reconnu à cet acte. Mais il faut, à propos de ce problème particulier, discerner la déformation que peut subir l'autorité de la chose jugée en raison de la nature particulière de la situation gracieuse.

Il convient avant toute discussion de bien préciser ce qu'il faut entendre par « autorité de chose jugée ». Celle-ci s'entend de deux manières : au regard des parties au jugement et au regard des tiers. En matière gracieuse les parties au jugement sont forcément restreintes, et bien souvent il n'y en a qu'une, le requérant qui sollicite la permission d'exercer son droit.

A l'égard du requérant, il faut, selon nous, admettre que la décision a l'autorité de la chose jugée et qu'il ne peut pas, si la demande a été une première fois rejetée, la renouveler avec succès. Le juge, en effet, vérifie la valeur juridique de sa prétention et constate l'existence ou l'inexistence de son droit. Il n'y a aucune raison pour que cette constatation n'ait pas la même valeur et la même force que la constatation du juge contentieux. Elle est d'une nature identique.

Et, en fait d'ailleurs, un examen attentif de la jurisprudence met en lumière l'existence effective de cette autorité de la constatation vis-à-vis du requérant.

La jurisprudence est sans doute difficile à interpréter et nous ne saurions ici nous livrer à son étude, même partielle, mais on en résumerait, semble-t-il, bien le sens en disant qu'elle refuse au requérant qui a été évincé une première fois de lui accorder ce qu'il réclame à nouveau s'il n'invoque et n'apporte la preuve

1. Cf. les critiques de Japiot, article précité, p. 781 et suiv.

2. M. Hébraud (commentaire précité, spéc. p. 343, col. 1) soutient avec raison nous semble-t-il, qu'il n'y a pas d'incompatibilité nécessaire et absolue entre les notions de chose jugée et de juridiction gracieuse.

d'un « changement dans la situation de fait ». Si, au contraire, les tribunaux estiment qu'il y a eu une modification de l'état de choses par rapport à la demande précédente, ils n'hésitent pas à rendre une décision favorable [1].

Mais cette jurisprudence n'applique-t-elle pas, en définitive, les principes essentiels de l'article 1351 du Code civil qui définit l'un des éléments constitutifs de l'autorité de chose jugée par l'identité de cause? La situation de fait joue dans la situation gracieuse un rôle prépondérant puisque bien souvent ce sont les conditions d'exercice du droit du requérant qui sont soumises à la vérification du juge, ce dernier ayant le pouvoir d'apprécier l'opportunité de l'exercice du droit. Dès lors la situation de fait est déterminante, et lorsqu'elle change, la valeur de la prétention du requérant change de même. Si le 1er janvier 1945 la situation de fait soumise au juge par la femme dotale désireuse d'aliéner la dot ne répond pas aux conditions exigées par la loi, cela ne veut pas dire que le 1er juillet de la même année, elle sera semblable... Le droit du requérant est ainsi plus ou moins vraisemblable selon l'époque et selon les circonstances, et, il est susceptible de disparition, ou de renaissance au gré des fluctuations incessantes de la vie économique : c'est un droit à éclipses; c'est un droit en quelque sorte discontinu. Les décisions qui admettent le renouvellement de la requête ne portent donc nulle atteinte au principe de la chose jugée; elles trouvent leur justification dans la mobilité fondamentale du droit qu'on leur soumet.

Si, maintenant, on se demande ce que devient le principe de l'autorité de la chose jugée dans l'hypothèse où le requérant demande au juge de rétracter sa décision antérieure; on s'aperçoit qu'ici encore ce principe reste, dans l'ensemble, intact.

Ici encore, on admet généralement la nécessité d'un changement de fait. Plus souvent il est vrai, les tribunaux se fondent pour refuser la rétractation sur la nécessité de sauvegarder les droits acquis à des tiers [2]. Mais cette considération, toute empirique, ne vient pas directement et nettement contredire le principe de l'autorité de la chose jugée. Elle est simplement pour les tribunaux un moyen d'arriver aux mêmes fins.

D'autre part, en matière d'aliénation de l'immeuble dotal,

1. Cf. Cass. civ., 25 oct. 1905, D. P. 1906.I.337, note Planiol; cf. L'étude de la jurisprudence par M. Guilmard, *op. cit.*, p. 475; cf. ég. Bertin, *Ordonnances sur requêtes*, nº 29 et les observations de M. Hebraud, commentaire précité, p. 343, col. 1.

2. Cf. Guilmard, *op. cit.*, p. 492 et suiv.

la jurisprudence n'admet la rétractation de l'autorisation qu'en cas d'erreur de fait commise par la femme ou par le juge mais non en cas d'erreur de droit [1]. N'est-ce pas là comme on l'a très justement souligné, une manifestation de l'autorité de la chose jugée dont le trait caractéristique est de couvrir plus rapidement les erreurs de droit que les erreurs de fait [2].

L'autorité des décisions gracieuses ne nous semble donc pas niable en principe. Mais il s'agit de savoir dans quelle mesure la décision gracieuse s'impose au tiers. Ce problème présente pour notre étude particulière de l'effet déclaratif des jugements gracieux ou « impératifs » un intérêt propre; on se souvient en effet que l'une des caractéristiques du jugement « indicatif » est de rendre, par l'intermédiaire de l'autorité de chose jugée, le droit du demandeur définitivement opposable au défendeur (et vice versa); le droit reçoit de la sorte une efficacité complète). Ce résultat ne peut-il être transporté *mutatis mutandis* en matière gracieuse? La question mérite d'être posée : la situation gracieuse créée par le législateur a pour raison d'être essentielle d'assurer la protection de certains intérêts privés en privant d'efficacité jusqu'à intervention du juge les droits qui sont susceptibles de léser ses intérêts. Ne peut-on, dans ces conditions, admettre que la vérification faite par le juge gracieux doit s'imposer à ceux-là même qu'elle avait pour but de protéger et qui ont été en quelque sorte représentés par le juge lui-même?

Ce serait s'arrêter à une vision superficielle des choses et à une solution très dangereuse. En réalité si le contrôle opéré par le juge est fait dans l'intérêt des tiers, il ne s'agit jamais que d'un contrôle superficiel et provisoire. Bien souvent la vérification qu'il opère ne touche pas au fond du droit : l'envoi en possession des biens successoraux ou des biens d'un absent est fondé sur cette constatation toute superficielle qu'il n'existe pas d'héritier préférable ou que les éléments de fait de l'absence sont apparemment réalisés. Mais si un héritier préférable se révèle après coup ou si l'absent reparaît, ils auront la possibilité d'intenter l'action en pétition d'hérédité ou l'action en revendication. Sur un plan plus général, il est fort possible que le tiers intéressé ait en sa possession des moyens de défense que le juge ignorait. Le rayonnement de l'autorité de la constatation gracieuse rencontre donc, pour parler en termes plus

1. Civ. 20 juin 1877, D. P. 79.I.421; Req. 19 juill. 1887, S. 88.I.289; Agen, 29 mars 1892, D. P. 92.II.253; cf. Guilmard, *op. cit.*, p. 513 et suiv.
2. Hébraud, commentaire précité, p. 344, col. 4.

précis, le principe de la relativité de la chose jugée dont le champ d'application est plus large encore en matière gracieuse qu'en matière contentieuse, et la jurisprudence met très justement à la disposition des tiers tout un ensemble de moyens de défense — opposition, tierce opposition ou appel — qui, pour être mal précisés dans leurs contours généraux, ont néanmoins une existence certaine[1].

***

La synthèse que nous venons d'essayer de réaliser entre les concepts de jugements contentieux et de jugement gracieux nous a permis du même coup d'écarter la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs : tous les jugements sont déclaratifs.

Nous allons maintenant tenter de montrer comment la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs peut être éliminée, en outre, sur le plan pratique.

1. Cf. Guilmard, *op. cit.*, p. 454 et suiv.; 484 et suiv.; 492 et suiv.); Hébraud (précité, p. 344 et suiv.).

Des précisions seraient nécessaires sur le mécanisme du principe de la relativité de la chose jugée, aussi bien d'ailleurs en matière contentieuse qu'en matière gracieuse. Il semblerait opportun de transposer ici la distinction entre l'effet obligatoire et l'opposabilité qui est faite aujourd'hui couramment en matière conventionnelle :

L'effet obligatoire du jugement devrait être restreint aux parties à l'instance, tandis que son opposabilité en tant que fait social établissant les droits d'une personne par rapport à une autre ou à un groupe d'autres individus, devrait être absolue. Le caractère déclaratif du jugement possède en lui-même la vertu de justifier cette opposabilité, comme d'ailleurs nous le verrons, le caractère déclaratif de tout autre acte juridique.

Nous ne saurions traiter ici un problème aussi vaste et aussi complexe. Cf. à cet égard les remarques très substantielles de M. Esmein (*op. cit.*, p. 18, note 1) et les travaux récents de MM. Guillien (*op. cit*) et Malbec (*op. cit.*).

CHAPITRE III

LE RÉGIME JURIDIQUE DES JUGEMENTS

77. L'idée selon laquelle tous les jugements déclaratifs sont rétroactifs est intimement liée à la conception que l'on se fait, en général, du contenu de ces jugements : c'est parce qu'ils constatent un droit préexistant que leurs effets doivent « remonter » au jour de la naissance de ce droit. C'est ce qu'il ressort des formules les plus couramment employées par les auteurs :

« Les jugements déclaratifs rétroagissent, écrit M. Cuche, parce qu'ils ne font que constater un droit qui existait avant eux » [1]. C'est une idée semblable qu'expriment MM. Garsonnet et Cézar-Bru lorsqu'ils disent que « les jugements déclaratifs rétroagissent en ce sens que les droits par eux reconnus sont réputés avoir toujours existé » [2].

Ceci paraît à la fois exact et évident.

Cependant, si l'on se livre à une exégèse attentive des formules doctrinales, on s'aperçoit qu'elles reposent en réalité sur une équivoque. En enseignant que le jugement rétroagit on veut exprimer que le droit préexistant doit logiquement produire tous ses effets à partir du jour de sa naissance; de telle sorte que ce n'est pas, si l'on réfléchit bien, le jugement qui rétroagit, mais simplement le droit lui-même qui, grâce à la certitude qu'il reçoit, produit ses effets dans le passé par la seule vertu de sa préexistence... C'est d'ailleurs ce qu'ont nettement pressenti certains auteurs qui font remarquer qu'il est inexact et inutile de parler ici de rétroactivité.

« Le droit préexiste de lui-même au jugement déclaratif, écrit M. Léon Mazeaud; il ne crée pas le droit rétroactivement; l'effet du jugement déclaratif est le même que celui d'une loi interprétative ou d'un contrat déclaratif : simple reconnaissance

1. Cuche, *Précis de procédure civile*, collection Dalloz, p. 102.
2. Garsonnet et Cézar-Bru, *op. cit.*, t. III, p. 477; cf. égal. Weil, *op. cit.*, p. 22.

d'un état antérieur et non création rétroactive d'un état nouveau [1]. ».

78. Cette confusion purement terminologique n'aurait aucune importance si elle n'était pas susceptible d'entraîner, en pratique, des inconvénients sérieux. Mais ce n'est pas sans danger que l'on peut lancer dans l'espace des idées douées d'une force propre de généralisation comme celle de la rétroactivité.

Tandis que la plupart du temps la notion de rétroactivité du jugement n'est qu'une métaphore expressive et commode, exprimant l'absence d'effet du jugement sur la création du droit, elle se transforme en réalité dans la mesure où l'on soumet à son empire les effets propres du jugement. Le jugement déclaratif, tel qu'on l'entend ordinairement, apporte toujours au droit préexistant quelque chose de nouveau : parfois il détermine son contenu jusqu'alors imprécis; parfois, il lui confère des garanties nouvelles ou la force exécutoire. Parler de rétroactivité pour ces effets positifs du jugement, cela consiste à dire que le droit est censé avoir toujours possédé la force exécutoire; cela consiste donc, en fait, à nier l'existence même du jugement en reportant dans le passé, la date réelle de sa réalisation. On fait alors intervenir une fiction.

La jurisprudence, nous l'avons signalé plus haut [2] a bien senti la nécessité de soustraire ces effets du jugement déclaratif à la rétroactivité. Mais cédant devant la force persuasive des formules doctrinales qui lient indissolublement les notions d'effet déclaratif et d'effet rétroactif, les tribunaux ont recouru à un moyen détourné : chaque fois que la rétroactivité d'un jugement déclaratif leur a paru contraire à l'équité et à la logique, c'est-à-dire chaque fois qu'il s'agissait d'assigner une date aux effets propres du jugement déclaratif, ils ont tourné l'obstacle en proclamant *en l'espèce*, son caractère constitutif. De telle sorte que certains jugements, comme le jugement d'indemnité, sont qualifiés tantôt de jugements déclaratifs, tantôt de jugements constitutifs.

La doctrine a cherché à concilier théoriquement ces décisions apparemment contradictoires : c'est à M^lle^ Ripert que revient le mérite d'avoir distingué dans le jugement d'indemnité deux aspects : un aspect déclaratif, dans la mesure où ce jugement constate le droit de la victime à réparation, un aspect

1. L. Mazeaud, article précité, p. 42; cf. égal. en ce sens : Glasson-Tissier et Morel, *op. cit.*, t. III, n° 769; Montagne, *op. cit.*, p. 63 et suiv.; Scelle, *Cours de principes de droit public*, 1944-1945, p. 235 et suiv.

2. Cf. *supra*, n^os^ 48 et suiv.

constitutif dans la mesure où il transforme ce droit théorique en droit pécuniaire et en valeur immédiatement réalisable [1]. Ainsi le jugement d'indemnité serait rétroactif dans la mesure ou il est déclaratif, et ne rétroagirait pas dans la mesure où il est constitutif.

Mais si, dans le fond, les idées sont justes, les formules sont encore inexactes : on confond les effets positifs du jugement d'indemnité avec un effet constitutif et on utilise encore improprement la notion de rétroactivité pour caractériser la conséquence de la préexistence du droit.

79. En réalité, le régime juridique des jugements est déterminé par le contenu de l'effet déclaratif tel que nous l'avons défini. Il faut tirer les conséquences de son effet négatif sur la création du droit et les conséquences de son effet positif sur l'efficacité du droit.

Le droit, en tant que réalité préalable à l'intervention juridictionnelle produit naturellement ses effets propres à partir du jour de sa naissance, et ce résultat est absolument étranger à toute idée de rétroactivité.

Le jugement, en tant qu'acte juridique doué d'une action véritable, produit ses effets propres à sa date et sans rétroactivité. La détermination de ce qui est effet particulier du droit ou effet particulier du jugement ne peut s'opérer qu'à propos de chaque espèce. Nous nous y emploierons dans les pages qui vont suivre. Mais d'ores et déjà, on entrevoit que les effets du droit auront une importance plus grande dans les jugements déclaratifs « indicatifs » tandis que ce seront les effets du jugement qui seront prépondérants dans les jugements déclaratifs « impératifs ».

Si nous pouvons vérifier dans la pratique ces principes théoriques, nous aurons démontré que les seules ressources de la technique de l'effet déclaratif rendent inutile tout recours dogmatique à la notion de rétroactivité pour caractériser le régime juridique des jugements.

Est-ce à dire cependant que les jugements soient complètement dépourvus d'effet rétroactif? Nous ne le pensons pas. Mais encore s'agit-il de s'entendre sur le sens exact qu'il faut donner à ce terme : Dire que le « jugement rétroagit » n'est pas tout à fait la même chose que de dire : « le jugement a un effet rétroactif ». Ce n'est que par suite d'une nouvelle équivoque que

1. Cf. Lucienne Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*. Thèse, Paris, 1933, nº 121 et suiv.

dans l'opinion commune ces deux expressions sont synonymes; la première exprime la rétroactivité du jugement lui-même que l'on considère, grâce à une antidate, comme préexistant; la notion de rétroactivité intervient alors d'un point de vue dogmatique pour justifier certains résultats : c'est une fiction dont nous avons montré l'inutilité et les dangers.

La deuxième expression (le jugement a un effet rétroactif) exprime au contraire la rétroactivité des *effets* du jugement et ne suppose pas nécessairement la rétroactivité du jugement lui-même : le jugement a un effet rétroactif dans la mesure où il remet en cause la stabilité de certains actes juridiques qui, au moment où ils ont été accomplis, étaient valables. C'est ainsi, nous le verrons, que le jugement de résolution d'un contrat a un effet rétroactif. Mais nous montrerons que cet effet rétroactif n'est nullement une fiction : comme l'effet rétroactif de n'importe quel acte juridique, il n'apparaît fictif que si l'on éprouve la nécessité pour lui trouver un fondement de faire intervenir la notion de rétroactivité au point de vue dogmatique. On présuppose alors la préexistence du jugement lui-même pour justifier l'anéantissement qu'il entraîne de certains actes juridiques et l'on dit : le contrat résolu est « censé » n'avoir jamais existé.

Il est absolument inutile, en réalité, de recourir à ces artifices : l'effet rétroactif trouve son fondement naturel dans l'action exercée par le jugement sur l'efficacité des droits préexistants.

C'est ce que nous allons maintenant montrer dans le détail en examinant successivement les conséquences propres de l'effet déclaratif et les conséquences propres de l'effet rétroactif des jugements.

SECTION I

LES CONSÉQUENCES DE L'EFFET DÉCLARATIF DES JUGEMENTS

Tous les jugements comportent un effet négatif sur la création du droit et un effet positif sur l'efficacité de ce droit.

Mais dans certains jugements l'effet négatif est prépondérant, tandis que dans certaines autres, l'effet positif est plus important.

Ces différences d'intensité dans l'effet déclaratif correspondent

à la distinction que nous avons faite entre les jugements « indicatifs » et les jugements « impératifs ».

Aussi pour plus de clarté, étudierons-nous séparément le régime juridique, de ces deux catégories de jugements.

Sous-Section I

Les conséquences de l'effet déclaratif des jugements « indicatifs ».

80. La notion de jugement « indicatif » que nous avons proposée correspond sensiblement à tous les jugements que la doctrine traditionnelle oppose aux jugements constitutifs. Ce sont tous les jugements purement contentieux.

Ces jugements permettent à un droit préexistant, mais pratiquement paralysé par le litige, de s'exercer désormais sans entrave.

Leur régime juridique est particulièrement simple :

— les effets propres du droit préexistant se produisent à partir du jour de sa naissance;

— les effets propres du jugement se produisent à leur date [1].

L'application pratique de ce critère ne peut se faire qu'en étudiant séparément toutes les hypothèses possibles et en se demandant si la solution de chaque problème est commandée par les effets du droit ou par les effets du jugement.

1. Toutes les conséquences de l'effet déclaratif du jugement ne s'épuisent pas dans ce problème de date qui est seulement le point le plus important et le plus délicat.

A l'absence d'effet du jugement sur la création du droit il faut rattacher toutes les décisions basées sur l'absence d'effet novatoire du jugement. C'est ainsi que si la dette reconnue par le jugement était une dette commerciale elle le reste et le paiement pourra en être prouvé par tous les moyens. (Cf. civ. 25 août 1880, S. 81.I.109; Civ. 7 janv. 1885, S. 85.I.152; Bordeaux, 11 juill. 1898, S. 99.II.206, D. P. 99.II.149; Req. 6 avr. 1841, D. Rep. Méth., v° *Oblig.*, n° 5033.) C'est ainsi encore que si le jugement déclaratif d'une créance est cassé, l'obligation antérieure subsiste.(Cf. Req. 26 avr. 1880, S. 81.I.152.)

D'autre part à l'effet positif du jugement sur l'efficacité et surtout sur la révélation du droit auparavant incertain ou inconnu des tiers, il faut rattacher l'institution de la transcription des jugements déclaratifs de droits réels par le décret-loi du 30 octobre 1935 (cf. Durand, *Rev. crit.*, 1936, p. 175 et suiv. n° 15 et suiv.).

§ 1.

LES EFFETS PROPRES DU DROIT PRÉEXISTANT SE PRODUISENT A PARTIR DU JOUR DE SA NAISSANCE

C'est à propos du régime juridique du jugement déclaratif de responsabilité que l'on trouve, en jurisprudence, les applications les plus caractéristiques de ces conséquences de l'absence d'effet constitutif des jugements.

81. L'activité des « Cours de Justice » et le développement considérable des peines de confiscation générale des biens au lendemain de la libération ont provoqué, entre autres difficultés, le problème suivant :

Dans le cas où la victime d'un délit ou d'un quasi-délit imputable au condamné n'a pu, pour une raison quelconque, faire reconnaître sa créance d'indemnité que par un jugement postérieur à l'arrêt de confiscation, cette créance sera-t-elle opposable à l'Administration des Domaines, séquestre des biens du débiteur?

L'Administration des Domaines qui défend avec beaucoup de vigueur et de fermeté les patrimoines dont elle est séquestre et les deniers de l'État, a soutenu deux fois de suite (à notre connaissance tout au moins) que la créance du tiers ne lui était pas opposable en raison de sa reconnaissance postérieure et de l'effet constitutif du jugement d'indemnité.

Chaque fois ses prétentions ont été repoussées par des motifs analogues et qui ne peuvent qu'être approuvés.

Le Tribunal civil de Bordeaux déclare dans son jugement du 21 mai 1947, qu' « au cas de responsabilité délictuelle, la décision du juge ne fait que liquider la créance de la victime mais que cette créance est née le jour de l'acte délictueux ». Il en déduit très logiquement que « la créance étant née avant la confiscation, les biens du condamné, confisqués par l'État, répondent de cette dette, au paiement de laquelle l'Administration des Domaines, mise en cause, est tenue à due concurrence [1] ».

De son côté, le Tribunal de la Seine emploie, le 16 juillet 1947, des motifs analogues [2].

1. Cf. Trib. civ. Bordeaux, 21 mai 1947, J. C. P., 1947.II.3901, note Jean Mazeaud.
2. Trib. civ. Seine, 16 juill. 1947. J. C. P., 1947.II.3791, note Jean Mazeaud.

Ces solutions constituent une très rigoureuse déduction de l'absence d'effet constitutif du jugement. On remarquera même qu'aucune des deux décisions ne fait la moindre allusion à la rétroactivité des jugements. C'est que l'inutilité de recourir à ce concept était ici particulièrement évidente : du moment que le droit est préexistant, il produit ses effets au jour de sa naissance. Ceci suffit à justifier son opposabilité à l'Administration des Domaines.

82. Ce sont des solutions moins limpides qu'adopte la jurisprudence à propos de la combinaison de l'effet déclaratif des jugements de responsabilité avec les règles du concordat de faillite.

L'hypothèse est la suivante : un commerçant a causé à un tiers un dommage; mais il tombe en faillite et ce n'est que postérieurement au concordat que la créance de dommages-intérêts du tiers est reconnue et déterminée par un jugement. Or, le concordat n'est opposable qu'aux créanciers antérieurs à son homologation, et reste sans effet à l'égard des créanciers dont le droit est né postérieurement. La question se pose de savoir si le concordat sera ou non opposable au créancier dont le droit n'a été reconnu et déterminé qu'après l'homologation.

Dans l'affirmative, il subira une réduction du montant de sa créance dans la mesure de la remise concordataire; dans la négative, il touchera l'intégralité de son indemnité.

A de très rares exceptions près [1], la jurisprudence unanime décide que le concordat n'est pas opposable au créancier [2].

Cette solution est généralement critiquée par la doctrine, à juste titre, nous le verrons dans un instant [3].

Mais avant de dire, à notre tour, les raisons qui, à notre avis, militent en faveur de l'opposabilité du concordat au créancier, il convient de souligner les motifs employés par les arrêts. Ceux-ci n'insistent pas essentiellement sur le prétendu caractère constitutif du jugement d'indemnité, mais surtout et presque exclusivement sur la détermination qu'il opère du contenu et du chiffre de la créance. Ils ne disent pas que la victime du délit

1. Orléans, 6 août 1897, D. P. 99.II.95.

2. Req. 6 juill. 1857, D. P. 57.I.440; Req. 19 juin 1898 (D. P. 98.I.473. Note Thaller, S. 99.I.5, note Lyon-Caen); Civ. 22 oct. 1901, D. 1901.I.527; Req. 11 avr. 1907, D. P. 1909.I.501, S. 1907.I.432, note Lyon-Caen; Req. 27 oct. 1930, D. P. 1930.I.148; Civ. 5 nov. 1936, J. C. P., 1937.183, D. H. 1936.585; Req. 2 avr. 1941 (motifs), J. C. P. 1943.II.2096, note Péan.

3. H. et L. Mazeaud, *Traité de responsabilité civile*, t. III, nº 2256 et suiv. Rousseau, note au S. 1932.I.105; Thaller, note au D. P. 98.I.473; Lyon-Caen, S. 1907.I.432; Pean, note au J. C. P. 1943.II.2096.

*

ou du quasi-délit n'avait aucun droit avant le concordat, mais que, jusqu'au jour du jugement elle n'*avait aucun titre* de créance, ni *aucun droit reconnu* dont elle puisse se prévaloir [1].

Ainsi posée sous l'angle des effets véritables du jugement d'indemnité qui « liquide » la créance, la question est, à notre avis, présentée sous un jour exact [2]. En tout état de cause, le droit du créancier était préexistant au concordat, mais ses éléments accessoires, son contenu propre n'ont été précisés que postérieurement.

Il s'agit alors de savoir lequel des deux effets du jugement (effet négatif sur la création du droit ou effet positif sur la détermination du contenu de ce droit) doit, dans ce problème particulier, commander la solution.

En d'autres termes, est-ce que le concordat s'applique de plein droit à toutes les créances dont la cause et la source lui sont antérieures, ou bien est-ce qu'il est essentiel que le montant des créances auxquelles il s'applique, soit exactement déterminé?

Sans aucun doute, il suffit que la cause de la créance soit préexistante; la réduction concordataire a pour but de permettre au commerçant de reprendre ses affaires tout en conciliant cette mesure de faveur avec l'intérêt de ses créanciers. Mais les créances qui naîtront après le concordat, retomberont dans le régime du droit commun.

Dès lors, il faut décider que le concordat est opposable au créancier dont le droit n'a été liquidé que postérieurement. On tire alors simplement les conséquences de la préexistence du droit et de l'absence d'effet constitutif du jugement. Cette opposabilité doit s'opérer de plein droit et il est à peine besoin de l'ajouter, sans qu'il soit nécessaire de faire appel à la rétroactivité du jugement.

83. Le problème se pose dans les mêmes termes, mais la jurisprudence a eu moins souvent l'occasion de l'examiner, dans le cas suivant :

Supposons qu'il s'opère une fusion entre deux sociétés, l'une

1. Cf. Civ. 27 oct. 1901, D. 1901.I.527; Req. 11 avr. 1907, S. 1907.I.432, note Lyon-Caen.

2. Ce qui prouve également que la jurisprudence s'attache bien plus à l'influence du jugement d'indemnité sur les éléments matériels du droit qu'à l'influence qu'il pourrait avoir sur la création véritable de ce droit, c'est l'attitude contraire qu'elle adopte lorsque la créance a sa source dans l'inexécution d'un *contrat*.

Elle souligne alors que l'inexécution du contrat suffisait à donner au créancier « son titre ». Cf. Req. 2 avr. 1941, J. C. P. 1943.II.2096, note Péan; Lyon, 27 janv. 1911, S. 1911.II.143; Civ. 20 janv. 1932, S. 1932.I.105, note Rousseau.

reprenant à son compte le passif de la première. La dette de celle-ci, née d'un délit ou d'un quasi-délit antérieur à la fusion mais reconnue et déterminée par un jugement postérieur, sera-t-elle opposable à la société absorbante?

Un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine a tranché la question par la négative en mettant en avant le caractère constitutif du jugement d'indemnité [1]. Ce motif est, selon nous, inopérant puisque nous avons dit pourquoi, à notre avis, aucun jugement n'est constitutif. Mais la solution adoptée par le Tribunal de Commerce ne pouvait-elle se justifier par l'effet positif du jugement sur la détermination du montant de la créance?

Ici encore, nous ne le croyons pas, car il s'agissait simplement de savoir si le droit, dans son principe et dans sa cause, était préexistant, la société nouvelle se chargeant de tout le passif présent et non du passif futur : or, la dette en question avait sa source dans un quasi-délit antérieur à la fusion. L'opposabilité de la créance se justifiait donc par sa préexistence à l'acte de fusion et par l'absence d'effet constitutif du jugement qui lui a donné la certitude.

84. Toujours dans le même ordre d'idées, certaines difficultés peuvent se poser à propos de la combinaison du jugement déclaratif de responsabilité et des règles du régime matrimonial.

Dans le cas où la victime d'un délit ou d'un quasi-délit se marie en constituant en dot tous ses biens présents, la créance de dommages-intérêts qui n'est déterminée et reconnue par jugement qu'après le mariage, est-elle dotale [2]?

De même, si le responsable se marie entre le jour où il a commis le dommage et le jour du jugement qui reconnaît sa dette et en fixe le montant, avec un contrat de mariage portant séparation de dettes, la dette sera-t-elle propre ou sera-t-elle à la charge de la communauté [3]?

Ici encore la solution ne devrait pas faire de doute car il s'agit simplement de savoir, dans le premier cas si la créance était née au jour du contrat de mariage [4], dans le second si la dette

1. Cf. Trib. com. Seine, 9 avr. 1910, S. 1912.II.297, note Wahl. Cf. Demogue, *Que devient une créance d'indemnité en cas de fusion de société. Rev. trim.*, 1913, p. 210; Lalou, *Déclaratif ou attributif, Le jugement rendu en matière de responsabilité civile.* Chr. D. H. 1936, spéc. 7o, 8°; L. Ripert, thèse précitée, n° 129.
2. Cf. Lalou, chronique précitée, p. 70 et 9°.
3. Cf. Lalou, chronique précitée, p. 70, 10°.
4. En ce sens : cf. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. IV, n° 565; L. Ripert, thèse précitée, n° 128.

était née au jour du contrat de mariage [1]. Il importe peu qu'à cette époque son *quantum* fût indéterminé.

85. On se demande, d'autre part, si les actes conservatoires de son droit de créance, accomplis par la victime avant le jugement, sont valables :

La jurisprudence l'admet, avec juste raison, et par des motifs très orthodoxes. Citons un arrêt au hasard : « Un jugement qui reconnaît la responsabilité de l'auteur d'un délit ou d'un quasi-délit et en *fixe l'étendue* ne fait que révéler la créance de la victime... Par suite, la victime d'une collision d'automobile peut, avant même que le principe de la responsabilité ait été déterminé par une décision de justice, former opposition au partage de la succession de l'un des deux automobilistes tué dans l'accident [2]. »

Du moment que le droit de la victime préexiste au jugement, cette solution s'impose.

Pour les mêmes raisons il faut admettre que la victime a le droit d'intenter l'action paulienne contre les actes passés par le débiteur en fraude de ses droits entre l'accident et le jour du jugement [3].

Enfin, c'est de la même manière que se justifie la jurisprudence qui autorise les héritiers de la victime à intenter l'action en responsabilité à sa place lorsque celle-ci est morte avant d'avoir pu l'exercer.

Nous venons de consacrer un examen particulier à certains problèmes posés par le jugement déclaratif de responsabilité, en raison de leur importance pratique et de la fréquence avec laquelle ils se posent presque tous. Mais l'étude de la jurisprudence offre d'autres exemples, plus divers il est vrai, de difficultés dont la solution est logiquement déterminée par l'absence d'effet constitutif du jugement.

1. En ce sens : Ripert et Boulanger, t. III, n° 1131 ; L. Ripert, *op. cit.*, n° 128.

2. Cf. Trib. civ. Seine 30 nov. 1936, D. H. 1936.III ; cf. ég. 30 nov. 1926, D. P. 1928.I.49, note Josserand. Req. 10 avr. 1922, D. P. 1923.I.52, note Lalou, Cass. crim. 9 déc. 1937, *Gaz. Pal.* 1938.I.128.

Nous ne saurions donner ici une énumération complète de tous les problèmes dont la solution est déterminée par la seule préexistence du droit. Signalons cependant encore l'incidence de l'absence d'effet constitutif du jugement sur la détermination de la loi applicable en cas de changement de législation entre le jour du dommage et le jour du jugement : c'est évidemment la loi en vigueur au jour du dommage qui doit s'appliquer (cf. en ce sens : Civ. 17 oct. 1939, D. H. 1940.II. « C'est l'accident qui fixe les droits des parties et une loi postérieure ne peut, en l'absence de dispositions contraires, en modifier la portée ou l'étendue ».

3. Req. 15 nov. 1939, D. H. 1940, p. 40.

Il ne saurait être question pour nous d'examiner l'ensemble de ces problèmes. Nous nous bornerons donc à un choix restreint.

86. On s'est parfois demandé quel point de départ il fallait donner à la créance alimentaire : produit-elle ses effets à partir du jour du jugement qui la reconnaît et la détermine ou bien à partir d'une autre date?

Un point est certain en jurisprudence : la source de la créance alimentaire n'est pas dans le jugement mais dans l'état de besoin de son titulaire. Aussi les tribunaux décident-ils qu'elle produit ses effets à une date antérieure au jugement.

Mais comment fixer cette date?

Une lecture superficielle des arrêts inciterait à penser que la créance produit ses effets à partir du jour de la demande en justice [1].

Mais, en réalité, un examen plus attentif met en lumière que la fixation du point de départ de la créance au jour de la demande n'est déterminée que par la difficulté où se trouve le tribunal de découvrir, d'une manière précise, la date à laquelle le créancier s'est trouvé pour la première fois dans l'état de besoin qui est la source de son droit. Dans ce cas, le jour de la demande est la date la plus commode et la plus habile à concilier les intérêts en présence [2].

Mais, chaque fois qu'il est possible au demandeur de prouver la date à laquelle la pension alimentaire lui est devenue nécessaire pour vivre, les tribunaux décident que la créance produira ses effets à partir de cette date [3].

Cette solution est d'une orthodoxie rigoureuse. Mais les explications données par la jurisprudence sur son mécanisme sont plus contestables : les tribunaux disent, en effet, que le jugement « rétroagit » soit jusqu'au jour de la demande, soit jusqu'au jour où la pension alimentaire est devenue nécessaire pour permettre au demandeur de vivre.

Il est inexact de prétendre que le jugement rétroagit; c'est au surplus inutile : ce sont les effets propres du droit préexistant qui se produisent; le jugement, lui, produit ses effets à sa date : il détermine le contenu d'une créance préexistante et, ce faisant, il permet à son titulaire de l'exercer.

1. Cf. Les décisions citées au D. Rep. Méth.; v° *Mariage*, n° 56, 691 et suiv.

2. Bordeaux, 16 déc. 1841, D. Rep. Méth.; v° *Mariage*, n° 699-1°; Rennes, 12 juin 1810, D. Rep. Méth.; v° *Mariage*, n° 691.

3. Cf. les décisions citées à la note précédente; lorsque cette nécessité ne s'est réalisée que postérieurement à la demande, le point de départ des effets de la créance est aussi postérieur à la demande. Cf. Bordeaux, 14 déc. 1841, précité.

87. Les créances de salaires sont des créances privilégiées et, lorsque le débiteur tombe en faillite, le créancier peut invoquer son privilège et demander à la masse son paiement préférentiel.

Mais la créance conserve-t-elle son privilège si elle n'a été reconnue et déterminée que postérieurement au jugement déclaratif de faillite?

Sans aucun doute, à notre avis, puisque la créance est antérieure à la faillite, elle existe dès cette époque avec toutes les garanties que la loi lui confère.

C'est d'ailleurs la solution adoptée par la jurisprudence [1].

88. Enfin, voici quelques conséquences particulières de l'absence d'effet constitutif du jugement en matière de servitude de passage en cas d'enclave. La servitude en cas d'enclave est légale : elle existe de plein droit pourvu qu'il y ait réellement enclave. Le jugement qui peut intervenir en cette matière a simplement pour résultat, soit de reconnaître le droit du propriétaire du fonds enclavé, soit de fixer le chiffre de l'indemnité due au propriétaire du fonds grevé, soit encore de fixer l'assiette ou le mode d'exercice de la servitude. Mais il n'est jamais constitutif de la servitude [2].

Il en résulte deux conséquences pratiques : le propriétaire du fonds enclavé peut exercer la servitude avant que soit fixée l'assiette sans commettre d'infraction pénale ou de délit civil [3]; d'autre part, l'action en indemnité du propriétaire du fonds grevé se prescrit par trente ans, non pas à partir du jugement fixant l'assiette de la servitude, mais à partir du jour où le passage a été exercé pour la première fois [4].

§ 2.

LES EFFETS PROPRES DU JUGEMENT SE PRODUISENT A SA DATE

89. Le jugement déclaratif-indicatif ne se borne pas à constater un droit préexistant; il lui apporte des éléments nouveaux. Il nous faut examiner l'incidence de cet effet positif sur le régime juridique de ce jugement.

1. Civ. 21 déc. 1937, S. 1938.I.101.
2. Cf. cependant pour l'opinion contraire en Italie : Ascoli, *Rivista di diritto civile*, 1931, p. 607.
3. Crim. 27 déc. 1885, D. P. 1885.I.219; Durand, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel. Rev. trim.* 1944, spéc. p. 92.
4. Req. 10 fév. 1941, *Gaz. Pal.*, 1941.I.153.

C'est encore en matière de jugement déclaratif de responsabilité que nous allons rencontrer les plus intéressantes hypothèses.

Nous avons eu l'occasion de signaler en analysant d'un point de vue critique la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs que la jurisprudence adoptait parfois des solutions contradictoires dans des problèmes apparemment identiques : c'est, précisément, le cas en matière de jugement de responsabilité; tantôt — et le plus souvent — les arrêts proclament le caractère déclaratif de ce jugement, tantôt, au contraire, ils mettent l'accent sur son effet constitutif.

Nous avons dit qu'il n'y avait peut-être qu'une contradiction verbale, mais aucune contradiction dans le fond même des solutions. C'est ce qu'il nous faut maintenant essayer de montrer.

90. Lorsqu'il s'agit de savoir quel doit être le point de départ des intérêts moratoires d'une créance née à la suite d'un délit ou d'un quasi-délit, la jurisprudence décide que « la créance délictuelle n'existe et ne peut produire d'intérêts moratoires que du jour où elle est allouée judiciairement, la victime n'ayant jusqu'à la décision de justice qui lui accorde une indemnité ni titre de créance, ni droit reconnu dont elle puisse se prévaloir [1] ». L'exégèse des motifs de ces décisions fait apparaître deux affirmations juxtaposées : la première (la créance délictuelle « n'existe » que du jour où elle est allouée judiciairement) souligne le caractère constitutif du jugement; elle est manifestement erronée, et il n'est peut-être pas exagéré de prétendre qu'elle dépasse la pensée réelle des rédacteurs des décisions.

Elle ne figure, en effet, dans le corps de la phrase que pour donner plus de poids, semble-t-il, à la seconde (jusqu'à la décision de justice qui lui accorda l'indemnité, la victime n'avait ni titre de créance, ni droit reconnu dont elle puisse se prévaloir).

Les arrêts, par ce deuxième motif, mettent l'accent sur la transformation profonde apportée par le jugement au droit préexistant de la victime : désormais, par la détermination du montant de la créance et par la condamnation obtenue contre le défendeur, la victime pourra effectivement réaliser son droit qui, auparavant, était non seulement dépourvu de certitude mais d'énergie. C'est cette transformation qu'a remarquablement expliquée M^lle^ Lucienne Ripert : à la simple obligation de réparer

1. Crim. 8 nov. 1945, D. 1946.J.95; Civ. 12 nov. 1941, D. C. 1942.J.97, *Rev. trim.*, 1942.359 (Mazeaud); Crim. 18 janv. 1940, D. H. 1940.102; Civ. 5 nov. 1936, D. H. 1936.585; Paris, 4 mars 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.I.756.

qui est née au jour du dommage est substituée une obligation de verser une indemnité [1].

Aussi comprend-on que les intérêts moratoires ne commencent à courir qu'à partir du jugement car l'auteur du dommage n'est réellement contraint de verser l'indemnité qu'à la suite de la condamnation du juge.

Nous ne nous séparons de Mlle Ripert et des arrêts que lorsqu'ils justifient cette solution par une sorte d'effet constitutif partiel du jugement : ce n'est pas un effet réellement constitutif mais un effet positif complémentaire inhérent au contenu et au but du jugement déclaratif, dont il faut faire jouer, à sa date, les conséquences propres.

91. C'est en vertu de cette même idée qu'il faut approuver la jurisprudence qui décide que l'évaluation du préjudice et le calcul de l'indemnité doivent être faits par le juge au jour de la décision et non pas au jour du dommage.

Voici les motifs très pertinents par lesquels un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 15 juillet 1943 justifie ce système : « Le droit pour la victime d'un délit ou d'un quasi-délit d'obtenir la réparation du préjudice subi existe dès que le dommage a été causé, mais l'évaluation du préjudice doit être faite d'après l'état de la victime au moment où la décision est rendue, jusqu'au moment du jugement ou jusqu'à l'arrêt fixant l'indemnité, l'objet même de la créance reste incertain; dès lors, le juge *pour le déterminer* doit tenir compte de tous les événements intervenus à la date où il statue » [2]. On trouve ici, dégagée de toute fausse et inutile référence à la notion d'effet constitutif, la prise de conscience de cet effet déterminatif inhérent à tout jugement déclaratif d'une créance délictuelle ou quasi-délictuelle.

On sait les conséquences importantes qu'en déduit la jurisprudence en ce qui concerne les règles d'appréciation du dommage et celles du calcul de l'indemnité. Dans l'appréciation du dommage, les tribunaux tiennent compte de son aggravation, de sa diminution, ou parfois même de sa fixation définitive en cours d'instance par le décès de la victime [3] : « la victime, dit un arrêt

1. L. Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Paris 1933, nº 121 et suiv. cf. ég. Lalou, *Déclaratifs ou attributifs, les jugements rendus en matière de responsabilité civile*. Chr. D. H. 1936.7.

2. Civ. 15 juill. 1943, D. A. 1944.33, J. C. P. 1943.II.2500, Note Hubrecht, Mazeaud, *Rev. trim.*, 1944.36.

3. Civ. 15 juill. 1943, précité; Caen, 19 nov. 1940, D. A. 1941.J.75; Crim. 3 fév. 1938, D. H. 1938.310. Cf. L. Ripert, *op. cit.*, nº 123.

de la chambre des requêtes du 24 mars 1932, a droit à la réparation totale du dommage qu'elle a subi; il s'ensuit que l'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice doit être calculée sur la valeur du dommage au jour du jugement ou de l'arrêt [1] ».

Dans le calcul du chiffre de l'indemnité, les juges tiennent compte des variations de valeur de la monnaie survenues depuis le jour du dommage, et surtout de la valeur actuelle de remplacement des objets détruits ou rendus inutilisables par l'auteur du dommage. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Poitiers du 2 juin 1942 a condamné le responsable de la mort d'un cheval, tué en 1938, alors qu'il valait 5.000 francs, à verser au propriétaire la somme de 43.000 francs, correspondant à la valeur courante d'un cheval de la même catégorie au jour où la victime a procédé à l'achat d'un autre cheval [2].

92. C'est encore en vertu de l'effet déterminatif ou liquidatif de certains jugements déclaratifs qu'il faut expliquer la jurisprudence très pertinente relative au régime juridique du jugement prononçant la compensation entre deux créances.

Nous avons déjà exposé l'hypothèse qui donne lieu aux plus fréquentes difficultés.

Deux personnes sont créancières l'une de l'autre pour des causes distinctes. Mais tandis que la créance de *Secundus* envers *Primus* est certaine, liquide et exigible, celle de *Primus* envers *Secundus* est contestée. *Secundus* tombe en faillite, et c'est seulement à une date postérieure au jugement déclaratif que la créance de *Primus* est liquidée par un jugement. *Primus* peut-il invoquer ce jugement vis-à-vis des créanciers de la masse pour soutenir que sa dette envers *Secundus* s'est compensée avec sa créance?

Les tribunaux ne l'admettent pas et font valoir généralement le caractère constitutif du jugement qui prononce la liquidité des créances [3].

Nous avons dit la raison profonde de cette affirmation

1. Req. 24 mars 1942, D. A. 1942.118; Civ. 21 mai 1928, D. H. 1928.266; Paris, 4 mai 1944, D. A., 1944.99.

2. Poitiers, 2 juin 1942, *Rev. trim.*, 1942 (Commentaire Henri et Léon Mazeaud), p 357.

3. Req. 25 juill. 1892, D. P. 1892.I.488; Civ. 22 oct. 1907, S. 1909.I.513. Note Bourcart, D. Rep. Méth. *suppl.*; v° *Oblig.*, n° 1122. Cf. cependant en sens contraire : Civ. 10 déc. 1946, S. 1947.I.67. La solution contraire, adoptée par l'arrêt de la Chambre civile du 10 décembre 1946 précité, ne peut, à notre avis, se justifier que dans le cas où la demande en liquidation avait été intentée antérieurement au jugement déclaratif de faillite; l'équité impose alors, mais, on le voit, dans une mesure très limitée, de considérer que le jugement est intervenu au jour de la demande.

erronée : c'est que logiquement et par application des notions classiques, admettre le caractère déclaratif du jugement, c'est admettre aussi sa rétroactivité qui, en l'occurrence, serait artificielle et injuste. Aussi les arrêts proclament-ils l'effet constitutif du jugement.

Mais, en réalité, il est inutile d'aller si loin : il suffit de souligner que la liquidité de la créance étant l'œuvre propre du jugement, elle ne peut pas être considérée comme préexistante; si l'on se place avant la faillite, il y avait bien deux créances coexistantes, mais l'une d'elles, n'étant pas liquide, les conditions exigées pour la compensation n'étaient pas réalisées.

93. Enfin, dans un ordre d'idées très différent, il faut décider que l'hypothèque judiciaire qui est la garantie supplémentaire que vient ajouter le jugement de condamnation au droit du créancier, n'affecte les immeubles du débiteur qu'à partir du jour où le jugement est passé en force de chose jugée.

C'est la solution qu'adopte couramment la jurisprudence [1]. Il faut décider de même en ce qui concerne le point de départ des astreintes auxquelles peut-être condamné le débiteur par jour de retard qu'il apporte à l'exécution de son obligation [2].

Sous-Section II

Les conséquences de l'effet déclaratif des jugements « impératifs ».

94. Le jugement « impératif » est celui qui met fin à une situation gracieuse (*lato sensu*). Tandis que le jugement indicatif statue sur des droits préexistants *pratiquement* inefficaces, le jugement impératif statue sur des droits préexistants *juridiquement* inefficaces. La loi frappe *a priori* d'inefficacité le fait ou l'acte générateur d'un droit ou d'une situation juridique : c'est le juge qui conférera au droit l'efficacité juridique en « ordonnant » que ses effets se produisent.

Dès lors, les effets propres du droit se confondent ici apparemment avec les effets propres du jugement; ils se produiront à la même date, celle du jugement. C'est la raison pour laquelle

1. Cf. Metz, 26 déc. 1869, D. Rep. Méth. *suppl.*; v° *Jugement*, n° 355 et v° *Transcription hypothécaire*, n° 241, note 1; voir Calamandrei, *Retroattivita della sentenza e ipoteca giudiziale*, « *studii* », col. 3, p. 192.

2. Cass. 15 nov. 1881, D. P. 82.I.34; Civ. 1er déc. 1914, D. P. 1917.I.115.

on assimile dans la doctrine traditionnelle le jugement impératif à un jugement constitutif.

Mais une telle qualification est impropre car le jugement impératif se borne à conférer l'efficacité à un droit préexistant; et la préexistence de ce droit entraîne, en pratique, certaines conséquences que la notion du jugement constitutif est impuissante à expliquer.

Nous allons essayer de vérifier ces idées générales.

I. Les effets caractéristiques du droit ou de la situation juridique dont l'efficacité était subordonnée à l'intervention judiciaire se produisent au jour de la décision. C'est la conséquence de l'effet positif du jugement.

95. C'est ainsi que la dissolution de certains rapports juridiques s'effectue au jour de la décision qui ordonne sa réalisation et non au jour de la naissance du fait générateur.

La dissolution du lien matrimonial et les effets principaux du divorce et de la séparation de corps se produisent du jour où le jugement ou l'arrêt qui les prononce est devenu définitif : à cette date seulement s'éteignent les droits et les devoirs réciproques des époux; en particulier, le devoir de fidélité persiste pendant toute l'instance en divorce; l'époux infidèle ne pourrait invoquer le jugement de divorce pour se soustraire aux conséquences, tant civiles que correctionnelles, d'un adultère commis entre le jour de la demande et le jour de la décision [1].

96. Lorsque la loi déduit de certains éléments de fait ou de certains éléments juridiques une incapacité ou une déchéance, cette incapacité ou cette déchéance ne frappe la personne qui en est atteinte qu'à partir de la décision qui la prononce : ainsi l'article 502 du Code Civil établit que « l'interdiction n'a d'effets que du jour du jugement » et l'article 443 du Code de Commerce dispose que « Le jugement déclaratif de faillite emporte, de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration de ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite ».

L'énumération de toutes les hypothèses analogues serait fastidieuse; elle est, au surplus, très connue puisqu'il s'agit, en somme, de tous les jugements que la doctrine classique qualifie de « constitutifs ». Signalons cependant que l'adoption, aux termes de l'article 365 du Code Civil « ne produit ses effets entre les parties qu'à partir du jugement ou de l'arrêt d'homologation ». Il en est de même pour le jugement d'adjudication.

1. Civ. 1er mai 1941. D. 1941.J.56, note J. C.

Enfin, tous les jugements gracieux *stricto sensu* confèrent, à leur date, l'efficacité à un droit ou à une situation juridique.

II. Il existe cependant un certain nombre de dispositions légales qui, à propos de quelques-unes des hypothèses que nous venons de décrire, apportent apparemment une exception à la règle de l'effet immédiat du jugement.

97. L'article 1445, alinéa 2, du Code Civil prévoit que « le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande ». Cette règle a été étendue aux jugements de divorce et de séparation de corps, en ce qui concerne seulement les effets pécuniaires du divorce et de la séparation de corps, par les lois du 18 avril 1886 et du 26 juin 1919.

En matière d'interdiction judiciaire, une disposition légale (article 503) établit que « les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits ».

Pour l'adoption également, l'article 366 du Code Civil prévoit que si l'adoptant meurt après avoir intenté la requête à fin d'homologation, mais avant la décision, l'adoption produira ses effets au moment du décès de l'adoptant.

Enfin, en matière de faillite, les actes accomplis entre la cessation des paiements et le jugement déclaratif, seront susceptibles d'être annulés.

98. Ces diverses dispositions légales sont, généralement, interprétées comme des exceptions à la règle de l'effet immédiat des jugements auxquels elles s'appliquent : on dit que dans cette mesure limitée, le jugement rétroagit [1]. Cette interprétation est apparemment très orthodoxe : il semble, en effet, que ces solutions ne puissent s'expliquer que par une antidate du jugement, soit au jour de la demande, soit au jour du fait générateur du droit ou de la situation juridique. Mais les raisons que l'on donne, par ailleurs, pour justifier cette rétroactivité, ne sont pas très satisfaisantes : on dit, par exemple, que le jugement de divorce rétroagit jusqu'au jour de la demande pour que les époux ne souffrent pas des lenteurs de la justice [2]. Mais alors pourquoi n'en est-il pas de même pour tous les effets du divorce?

En réalité, ici encore, on fait intervenir la notion de rétroactivité mal à propos. Ce n'est pas le jugement qui rétroagit mais

1. Glasson et Tissier, t. I, n° 577; Garsonnet et Cézar-Bru, t. III, § 777; Cuche, *Précis*, n° 306.
2. Cf. les auteurs cités à la note précédente.

le législateur qui décide que certains effets de la cause de divorce ou de tout autre fait ou acte juridique se produiront à une date différente de celle qu'il a fixée pour les autres effets. De telle sorte qu'il ne s'agit pas d'un effet propre du jugement, mais d'un effet propre du droit préexistant.

On se trouve ici en présence d'une dérogation apportée par le législateur lui-même à la suspension de l'efficacité juridique d'un fait ou d'un acte générateur de droit. La situation gracieuse ordinaire se caractérise par l'intervention obligatoire du juge et par l'assignation du point de départ des effets du droit au jour de la décision; mais, dans les hypothèses spéciales dont nous parlons, seule est prescrite l'intervention du juge : certains effets du droit sont simplement atteints d'inefficacité pratique et, de ce fait, peuvent se produire dans le passé à partir de la date choisie par la loi.

Ces dérogations s'expliquent d'ailleurs tout naturellement : elles ne portent jamais atteinte à l'intérêt spécial que la loi veut protéger en établissant une situation gracieuse.

La dissolution de la communauté conjugale au jour de la demande n'a d'effets qu'entre les époux [1]; les effets du divorce ou de la séparation ne sont opposables aux tiers qu'à partir de la transcription.

D'autre part, la création d'une période suspecte en matière de faillite ou en matière d'interdiction se justifie par l'intérêt des créanciers du failli ou par celui de l'interdit. Quant à la mesure particulière édictée par l'article 366, en matière d'adoption, elle est fondée sur l'intérêt même de l'adopté et ne nuit pas aux héritiers de l'adoptant puisque le contrôle de la validité du contrat d'adoption demeure imposé.

Au surplus, il n'y a aucune fiction dans toutes ces solutions parce que le droit était préexistant au jugement.

***

Ainsi avons-nous pu vérifier, à propos du jugement impératif, l'existence de conséquences propres à son effet positif et de conséquences propres à son absence d'effet constitutif que la doctrine traditionnelle peut difficilement expliquer.

1. Le législateur choisit ici le jour de la demande uniquement parce que c'est la date la plus commode : il est en effet très difficile de déterminer exactement à quel moment s'est produit le fait générateur du divorce (l'injure grave en particulier consiste dans une violation *grave* et *renouvelée* des devoirs du mariage).

Nous venons de montrer comment on avait fait intervenir à tort la notion de rétroactivité pour justifier des solutions qui sont imposées par le seul effet déclaratif des jugements.

Le recours à la notion d'effet rétroactif est cependant nécessaire, dans une mesure très limitée, pour expliquer certains effets des jugements.

C'est ce que nous allons essayer de démontrer dans la section suivante.

SECTION II

LES CONSÉQUENCES DE L'EFFET RÉTROACTIF DES JUGEMENTS

Dans quelle mesure les jugements ont-ils un effet rétroactif et quel est le fondement de cet effet rétroactif? Telles sont les questions qu'il nous faut maintenant essayer de résoudre.

§ 1.

DANS QUELLE MESURE LES JUGEMENTS ONT-ILS UN EFFET RÉTROACTIF?

99. Un acte juridique produit un effet rétroactif « *stricto sensu* lorsqu'il remet en cause la stabilité de certains actes conclus antérieurement à sa réalisation.

Contrairement à l'ensemble de la doctrine qui enseigne que tous les jugements déclaratifs de droits réels entraînent ce résultat, quelques auteurs ont cru pourvoir le nier [1]. Du moment, disent ces auteurs, que le jugement déclaratif met en lumière l'inexistence d'un droit ou d'une situation juridique, tous les effets des actes juridiques accomplis antérieurement au jugement en fonction de ce prétendu droit ou de cette prétendue situation juridique, doivent eux-mêmes être tenus pour inexistants : ainsi les actes passés sur un immeuble par une personne qui n'était pas réellement propriétaire ou dont le titre de propriété était nul, ne sont pas rétroactivement anéantis par le jugement,

1. Glasson, Tissier et Morel, t. III, n° 771 (en ce qui concerne surtout le jugement de nullité); Léon Mazeaud (article précité, p. 42); Voirin, *Cours de droit civil*, de Ch. Beudant. *Les biens*, t. IV, p. 703.

ils ont toujours été inopérants en raison du défaut de pouvoir de leur auteur.

Ce raisonnement est, à première vue, très séduisant et l'on serait tenté de l'approuver tout au moins en ce qui concerne le jugement déclaratif *indicatif* à propos duquel, nous l'avons vu, il suffit bien souvent de tirer les conséquences propres de la préexistence du droit : ainsi, dans un jugement déclaratif de propriété, il serait inutile de parler d'effet rétroactif véritable, les actes accomplis antérieurement par le propriétaire apparent étant nuls *ab initio*.

Malheureusement un examen quelque peu attentif des diverses hypothèses fait surgir des doutes sérieux sur cette analyse.

Prenons d'abord l'exemple du jugement de nullité : soutenir qu'il n'a pas d'effet rétroactif c'est supposer que la nullité produit, de plein droit, tous ses effets au jour même où la cause qui l'engendre est réalisée. Or, la notion de nullité de plein droit, très en faveur à Rome, est aujourd'hui complètement abandonnée et on enseigne couramment « qu'elle se heurte à cette objection décisive qu'il faut, en toute hypothèse, recourir au juge pour obtenir l'annulation de l'acte dont une des parties réclame l'exécution. Il en est ainsi alors même que la violation de la règle légale est flagrante et sanctionnée expressément par la nullité. Que le juge déclare ou prononce la nullité, son intervention est toujours nécessaire, ce qui contredit la définition de la nullité de plein droit [1] ». Aussi est-il incontestable que le jugement de nullité, dans la mesure où il confère à la cause de nullité l'efficacité juridique, entraîne un véritable effet rétroactif puisqu'il remet en cause la stabilité de certains actes juridiques qui, au moment où ils ont été conclus, avaient une apparence de validité et ont produit régulièrement leurs effets.

La nécessité de recourir à la notion d'effet rétroactif est encore plus évidente si l'on envisage les jugements qui prononcent la résolution, la révocation ou la rescision d'un acte : jusqu'à l'intervention du juge, la cause de résolution, de révocation ou de rescision existait bien, mais elle était juridiquement inefficace ; en outre, les effets du jugement pourront atteindre même des actes conclus valablement antérieurement à la réalisation de la cause de résolution ou de rescision.

On remarquera que dans ces diverses hypothèses, le jugement est en réalité *impératif* : il confère l'efficacité juridique à une cause d'anéantissement préexistante mais juridiquement ineffi-

1. Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, nº 343.

cace. C'est la raison pour laquelle un effet rétroactif est nécessaire.

Mais la nécessité d'invoquer l'effet rétroactif se retrouve aussi dans les jugements purement *indicatifs :* le jugement qui déclare un droit de propriété au profit du demandeur et qui révèle l'inexistence du droit de propriété du défendeur est aussi doté d'un véritable effet rétroactif contre les actes antérieurement accomplis par le défendeur. Il faut, en effet, détruire les conséquences réelles de ces actes qui avaient une apparence de validité.

Les diverses observations que nous venons de faire permettent donc de conclure que tous les jugements déclaratifs de droits réels produisent un véritable effet rétroactif [1].

Mais quel est le fondement de cet effet rétroactif et quel est son mécanisme?

§ 2.

LE FONDEMENT ET LE MÉCANISME DE L'EFFET RÉTROACTIF DES JUGEMENTS

100. Dans la mesure où l'effet rétroactif du jugement remet en cause la stabilité de certains actes juridiques qui, auparavant, étaient valables, on pourrait être tenté, pour décrire son fondement, de recourir à la notion de fiction. Les données du problème sont, à peu de choses près, les mêmes que celles du droit commun de l'effet rétroactif. Or, l'on sait que sur ce plan général, l'effet rétroactif est considéré comme une fiction : tout se passe, dit-on, comme si un acte juridique réalisé en fait à une date déterminée, avait été conclu à une date antérieure; de là, la formule selon laquelle le bénéficiaire de l'effet rétroactif est « censé » avoir toujours été titulaire du droit soumis à la rétroactivité, tandis que la victime de l'effet rétroactif est « censée » n'avoir jamais été titulaire de ce droit.

1. Une précision est cependant nécessaire : en réalité il y a dans le jugement la superposition et le fonctionnement cumulatif de deux effets rétroactifs différents; celui du jugement lui-même et celui de l'institution spéciale qu'il met en mouvement. Par exemple le jugement qui prononce la résolution d'un contrat pour inexécution produit un effet rétroactif qui lui est propre dans la mesure où il anéantit les actes conclus entre le jour où la cause de résolution a été réalisée en fait et le jour de la décision; mais l'anéantissement des actes antérieurs à la cause de résolution est le fruit de l'effet rétroactif qui est propre à la résolution elle-même.

Il y a là une nuance très réelle, mais qui est indifférente à la solution des problèmes que nous envisageons ici.

Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire de recourir à cette explication en ce qui concerne l'effet déclaratif des jugements qui seul, pour l'instant, nous intéresse. Il est, à notre avis, inutile et inexact d'antidater le jugement pour justifier la rétroactivité de ses effets. L'effet rétroactif du jugement découle de la nature des choses et il est directement imposé par l'effet déclaratif de cet acte :

Il n'y a entre le propriétaire apparent et le propriétaire réel, découvert par le jugement, aucun lien d'ayant cause à auteur; il en est de même entre la victime de la résolution pour inexécution et son bénéficiaire, entre le donataire et le donateur à la suite de la révocation de la donation, entre le propriétaire dont le titre s'évanouit à la suite de la rescision du contrat primitif et celui dont le titre renaît par l'effet de cette rescision..., etc. Or, si l'on songe à remarquer que l'effet obligatoire vis-à-vis du nouveau propriétaire d'un bien des actes passés, sur ce bien, par le propriétaire antérieur est normalement justifié par le lien d'ayant cause à auteur qui unit ces deux personnes, on découvre aisément pourquoi cet effet obligatoire est écarté en matière de nullité, de résolution ou de révocation. Le lien d'ayant cause à auteur entre les deux titulaires successifs du bien n'existe pas : il est donc tout à fait logique que l'effet rétroactif vienne briser ses conséqueces *apparentes*.

D'autre part, il suffit de réfléchir un instant pour s'apercevoir que sans l'effet rétroactif, le jugement déclaratif de droits réels ne pourrait, la plupart du temps, remplir sa fonction essentielle qui est de permettre au droit préexistant de s'exercer : si les actes de disposition consentis par le propriétaire dont le titre est nul étaient opposables au propriétaire dont le titre est valable, le jugement de nullité risquerait de n'avoir aucun effet; son bénéficiaire ne pourrait pas récupérer l'immeuble ou serait exposé à le perdre sous la menace d'éviction des créanciers hypothécaires. Il en serait de même en ce qui concerne le propriétaire qui reprend la chose à la suite de la résolution, de la rescision ou de la révocation de l'acte primitif qui l'en avait dessaisi.

Aussi l'effet rétroactif apparaît-il comme le complément technique indispensable de l'effet déclaratif du jugement. Comme ce dernier, il est l'un des procédés naturels qui permettent au droit préexistant inefficace de s'exercer librement dans l'avenir.

Aussi faut-il renoncer à tout recours à la notion de fiction dans la description de son fondement juridique et même, nous allons le voir, dans celle de son mécanisme.

*

101. Il est, en effet, parfaitement inutile de faire abstraction de la situation antérieure au jugement et de prétendre que le demandeur gagnant est « censé » avoir toujours été propriétaire, tandis que le défendeur est « censé » n'avoir jamais eu la maîtrise du bien, ou *vice versa*. L'effet rétroactif se produit, non pas dans le passé, mais au jour même du jugement : il détruit à cette date les conséquences de la situation antérieure pour permettre à la situation nouvelle de se réaliser.

Aussi, est-il possible, et même nécessaire, de respecter les deux réalités successives de la situation antérieure et de la situation nouvelle, de concilier deux intérêts également considérables; celui des tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble et celui du bénéficiaire du jugement déclaratif.

Ni le législateur, ni la jurisprudence ne se privent de le faire, en limitant dans la mesure du possible le fonctionnement de l'effet rétroactif. Tantôt on apporte un tempérament à la rétroactivité du jugement en faisant une discrimination *chronologique* parmi les actes antérieurs, tantôt on fait une discrimination *économique* parmi ces divers actes.

102. On dit que l'effet rétroactif « remonte » plus ou moins haut, ce qui n'est qu'une image très expressive : il vaut mieux dire qu'il n'atteint pas tous les actes juridiques consentis à n'importe quelle date par le propriétaire antérieur (apparent ou réel).

Dans certains cas, le législateur ou la jurisprudence décident que seuls seront anéantis les actes juridiques accomplis postérieurement à la demande en justice. Cette règle se comprend fort bien dans certaines hypothèses, car on ne peut pas compromettre, sans aucun discernement, les droits acquis par des tiers sur un bien à une date très éloignée du jugement : c'est ainsi que l'on comprend aisément que les actes accomplis par le possesseur d'un immeuble, vingt-cinq ans avant le jugement qui révèle la propriété d'un tiers ne doivent pas être remis en question. L'apparence a joué et il faut la respecter. Le problème se pose de la même manière dans diverses autres hypothèses : Ainsi un arrêt de la Cour d'Appel de Douai du 17 février 1890 décide que l'annulation d'une donation, en vertu de l'article 1167 du Code Civil produit cet effet que la donation a cessé d'exister à partir du jour de la demande et que le donataire n'étant plus propriétaire, a perdu le droit de disposer postérieurement, à cette date, de l'immeuble donné ou de l'affecter de droits réels [1].

1. Douai, 17 fév. 1890, D. P. 91.II.123.

C'est également à partir du jour de la demande et non pas à une date antérieure que s'effectue habituellement la restitution des fruits : c'est tout à fait normal puisque c'est seulement à partir de la demande que le possesseur est censé être de mauvaise foi [1].

Dans d'autres cas, on décide que seuls seront anéantis les actes accomplis après une formalité de publicité, destinée à prévenir les tiers [2]. Ainsi, la révocation d'une donation pour ingratitude ne produit un effet rétroactif qu'après la transcription de la demande en révocation [3] (article 958 du Code Civil) ; de même, les jugements qui prononcent la résolution d'une vente d'immeuble pour défaut de paiement du prix ne sont opposables à l'adjudicataire en cas de saisie que si la demande en résolution a été notifiée au greffe avant l'adjudication [4].

103. Mais l'aspect le plus intéressant de la conciliation entre les exigences de la situation nouvelle et celles de la situation antérieure apparaît si l'on observe la discrimination à laquelle se livre la jurisprudence parmi les divers actes juridiques qui tomberont ou ne tomberont pas sous le coup de l'effet rétroactif.

On peut assez bien résumer le sens de cette jurisprudence en disant qu'elle soumet généralement à l'effet rétroactif du jugement tous les actes de disposition consentis par la personne qui avait antérieurement la maîtrise de la chose [5], tandis qu'elle maintient les actes conservatoires et les actes d'administration [6].

Le critère de la distinction couramment entreprise est en lui-même fort judicieux et trouve sa justification dans le fondement que nous avons donné à l'effet rétroactif : techniquement,

1. Paris, 3 juill. 1890, D. P. 94.II.54 ; Nancy, 24 juin 1893, D. P. 95.II.395 ; Bourges, 6 juin 1898, D. P. 98.II.495.

2. Il s'agit toutefois de règles exceptionnelles et expresses qui n'ont, semble-t-il, rien à voir avec les effets habituels de la transcription du jugement déclaratif de droit réel prescrite par le décret-loi du 30 octobre 1935 ; celle-ci est plutôt une mesure d'information qu'une mesure de police destinée à trancher des conflits de droits dans le temps (cf. Durand, *Rev. crit.*, 1936, spéc. p. 176, n° 16 et Voirin, *Lois nouvelles*, 1936.I, p. 171.

3. Garsonnet et Cézar-Bru, t. III, n° 737 ; t. I, n° 393.

4. Garsonnet et Cézar-Bru, t. I, n° 393 ; t. III, n° 737.

5. Douai, 17 fév. 1890, D. P. 91.II.123 ; Douai, 12 janv. 1891, D. P. 91.II.221 ; Req. 11 nov. 1878, D. P. 80. I.323 ; Req. 13 fév. 1900, S. 1900.I.450 ; Tissier ; Civ. 26 fév. 1867, S. 67.I.161 ; Civ. 4 mai 1898, D. P. 98.I.457, note Planiol ; Req. 18 mars 1929, S. 1929.I.211 ; Req. 10 mars 1836, S. 36.I.169 ; Riom, 11 déc. 1855, D. P. 1866.II.179.

6. Req. 18 juill. 1854, D. P. 54.I.357 ; Douai, 12 janv. 1891, D. P. 91.II.222 ; Civ. 1er juill. 1896, D. P. 98.I.397 ; Besançon, 25 juill. 1868, S. 90.II.191.

nous l'avons vu, ce dernier s'explique en raison de l'absence d'un lien d'ayant cause à auteur entre les deux titulaires successifs du bien; mais logiquement, il s'explique aussi par la nécessité d'assurer au bénéficiaire du jugement déclaratif la jouissance effective de son droit de propriété préexistant. Il est donc normal de limiter cet effet rétroactif aux seuls actes juridiques qui sont susceptibles d'entraver dans l'immédiat ou dans l'avenir cette jouissance effective du propriétaire : les actes de disposition. Les actes d'administration, au contraire — et à plus forte raison les actes conservatoires — ne compromettent pas, en principe, les prérogatives essentielles du droit de propriété et profitent au bien lui-même; il n'y a aucun inconvénient à les laisser subsister, fût-ce même au prix d'une certaine gêne pour le propriétaire.

***

L'étude des jugements nous conduit tout naturellement à celle de la transaction qui, à bien des égards, est leur réplique conventionnelle.

Les conclusions auxquelles nous venons de parvenir nous faciliteront dans une large mesure, la démonstration de l'effet déclaratif de cette institution.

LIVRE III

LES ACTES DÉCLARATIFS BILATÉRAUX OU PLURILATÉRAUX

TITRE I

LA TRANSACTION

104. L'étude du contrat de transaction a toujours attiré les interprètes en quête d'une notion exacte de l'acte déclaratif.

Lorsqu'à la fin du XIX^e siècle, le problème de la nature et des effets du partage s'est trouvé obscurci par l'incroyable foisonnement des opinions, c'est du côté de la transaction que M. Desserteaux a songé à chercher la lumière[1]. Plusieurs années après, M. Chevallier renouvela cette tentative[2]. Enfin, tout récemment, c'est à partir d'une étude sur le contrat de transaction que M. Boyer a cherché à édifier une théorie générale de l'acte déclaratif[3].

A première vue, l'adoption de cette attitude méthodique apparaît comme tout à fait justifiée. Parmi tous les actes déclaratifs, la transaction est celui qui pose le moins de problèmes pratiques; les « crises » y sont en tout cas moins sensibles et moins graves que dans le partage ou même que dans les jugements. Aussi, dans ces régions plus sereines a-t-on cru pouvoir discuter en toute liberté de la notion d'acte déclaratif et transposer sur un plan général les résultats acquis dans ce domaine particulier.

Mais si les conflits pratiques sont moins violents ici qu'ailleurs,

1. Desserteaux, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit civil français*. Thèse, Dijon, 1908.
2. Chevallier, *L'effet déclaratif des conventions et des contrats*. Thèse, Rennes, 1932.
3. Boyer, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*. Thèse, Toulouse, 1947.

les problèmes théoriques sont aussi complexes si ce n'est davantage que dans les autres actes déclaratifs. C'est la raison pour laquelle on peut se demander si le choix de la transaction comme « acte témoin » de la notion de déclarativité est très opportun?

Qu'est-ce, en effet, qu'une transaction? C'est, dit l'article 2044 du Code civil, « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ».

A cette définition du Code, il faut ajouter un élément caractéristique sans lequel il n'y a pas de transaction : c'est grâce à des concessions réciproques que les parties terminent ou préviennent la contestation [1].

Il y a donc dans la transaction l'enchevêtrement de deux techniques très opposées l'une à l'autre : la technique juridictionnelle qui exprime en quelque sorte le but de la transaction, et la technique contractuelle qui décrit le procédé technique à l'aide duquel les parties atteignent ce but.

Cette complexité rend particulièrement délicat le problème de la nature et des effets de la transaction : juridictionnelle par sa finalité, la transaction est-elle déclarative comme un jugement? Contractuelle par sa technique, et, se réalisant à l'aide de sacrifices réciproques, n'est-elle pas plutôt translative ou créatrice d'obligations?

Tel est le problème. Il est, on le voit, essentiellement complexe et nécessite un examen minutieux. Aussi, estimons-nous indispensable de prendre contact avec ses multiples aspects en étudiant d'abord d'un point de vue critique et objectif les diverses solutions que lui a apportées la doctrine depuis 1804. Cette étude préliminaire nous permettra ensuite de nous prononcer, à notre tour, sur la nature de la transaction et sur le régime juridique qu'il faut lui attribuer.

1. Cf. Planiol, Ripert, Savatier, *Traité pratique de droit civil*, t. XI, nº 1563.

CHAPITRE I

L'ÉVOLUTION DES IDÉES SUR LA TRANSACTION

SECTION I

LA THÉORIE CLASSIQUE DE L'EFFET DÉCLARATIF

105. La doctrine de l'effet déclaratif de la transaction présente pendant la plus grande partie du XIX^e siècle une remarquable uniformité aussi bien dans l'argumentation que dans la terminologie employées par chacun de ses partisans; si bien que l'on peut en emprunter la description à n'importe quel auteur sans risquer de trahir la pensée des autres [1]. La théorie déclarative est un bloc : elle ne comporte pas de nuances. L'explication de ce conformisme se découvre aisément : la théorie déclarative a été élaborée à la grande époque de la méthode exégétique, méthode de soumission aux textes et de stricte discipline dans le raisonnement juridique.

Aussi est-ce dans l'exégèse du titre quinzième consacré par le Code à la transaction, et dans la logique, que les interprètes ont cherché le fondement de leurs affirmations bien connues, aux termes desquelles « celui qui transige, c'est-à-dire celui qui reconnaît la légitimité du droit de son adversaire, ne fait rien sortir de son patrimoine, mais constate le droit antérieur et préexistant de l'autre partie comme le juge l'aurait constaté [2] ».

« La transaction, précisait Bufnoir, doit s'analyser en une

1. Guillouard, t. XVI, n° 111; Troplong, t. XVII. *Du cautionnement et des transactions*, p. 556 et suiv.; Laurent, t. XVIII, 2^e éd. 1877, p. 327 et suiv.; Aubry et Rau, t. VI, § 421, p. 28 et suiv.; Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 296; Paul Pont, *Petits contrats*, t. II, n° 631 et suiv.

2. Guillouard, *op. cit.*, n° 111.

reconnaissance du droit de celui à qui l'on abandonne l'immeuble [1] ».

Nous allons exposer successivement le fondement exégétique et le fondement logique de ces affirmations classiques.

§ 1.

LE FONDEMENT EXÉGÉTIQUE DE LA THÉORIE CLASSIQUE

Trois arguments principaux sont invoqués par les auteurs classiques pour démontrer que le législateur a entendu conférer à la transaction un effet déclaratif :

— l'argument tiré de l'article 2052 du Code civil;
— l'argument tiré de la loi fiscale du 22 frimaire an VII;
— l'argument historique.

I. — L'argument tiré de l'article 2052 du Code civil.

106. L'article 2052 (alinéa premier) du Code civil stipule que « les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ».

Pourquoi les transactions sont-elles dotées par la loi de la même stabilité qu'un jugement? Telle est la question que la théorie classique s'est efforcée de résoudre en comparant sous toutes leurs faces le jugement et la transaction.

Les différences entre ces deux actes sont sur bien des points considérables : le jugement est « le fruit d'une conviction portée jusqu'à la certitude dans l'esprit du magistrat qui le prononce [2] »; tandis que la transaction est « une concession arrangée par le doute sur le droit et par la défiance de sa propre opinion [3] »; le jugement statue sur une constestation née, la transaction peut aussi statuer sur une contestation à naître; un jugement est automatiquement revêtu de la formule exécutoire, tandis que la transaction n'est pas exécutoire à l'égard des tiers; les jugements sont divisibles — c'est-à-dire qu'ils peuvent être cassés sur un point et maintenus sur un autre, tandis que la transaction

1. *Propriété et contrat*, p. 296; cf. ég. Ripert et Boulanger, t. II, nº 3227.
2. Cf. Troplong, *op. cit.*, p. 646.
3. Troplong, *ibid.*

est indivisible; les voies de critique employées contre un jugement ne sont pas les mêmes que les voies de critique employées contre une transaction; contre l'un, il s'agit de voies de recours; contre l'autre il s'agit de voies de nullité, etc... [1] ».

Mais si les deux institutions se séparent sur tous ces points, il n'est pas impossible de leur trouver un aspect commun : le jugement et la transaction ont un but semblable, terminer un litige en proclamant l'existence ou l'inexistence d'un droit. Dès lors, on comprend pourquoi le Code a conféré aux transactions l'autorité de chose jugée; c'est que les raisons qui imposent l'autorité de chose jugée de la décision juridictionnelle se retrouvent à propos de la transaction qui remplit la même fonction.

La transaction termine un litige par le même procédé qu'un jugement : comme lui, elle constate un droit préexistant; comme lui elle est déclarative. Aussi, est-il logique que cette reconnaissance soit assortie de la même autorité que celle qui est faite par le juge [2].

Au surplus, ajoutait-on, l'intention du législateur de conférer à la transaction un caractère déclaratif résulte clairement d'un texte à portée fiscale, l'article 68 de la loi du 22 frimaire an VII.

II. — L'argument tiré de la loi du 22 frimaire an VII.

107. La loi du 22 frimaire an VII frappait d'un droit proportionnel tous les actes, à l'exception de ceux « qui ne libèrent, ni obligent, ni ne transmettent »; les actes déclaratifs étaient donc soustraits au droit proportionnel.

Or, précisément l'article 68 de la loi ne soumettait les transactions qu'à un droit fixe de un franc, à la condition qu'elle ne contiennent « aucune stipulation de sommes et valeurs ni dispositions soumises par la loi à un plus fort droit d'enregistrement ».

Ne devait-on pas en déduire que la transaction était considérée par la loi du 22 frimaire an VII comme un acte déclaratif? C'est ce que se sont empressés de faire les auteurs classiques [3].

1. Cf. sur tous ces points : Troplong, *op. cit.*, p. 646 et suiv.; Laurent, *op. cit.*, p. 372 et suiv.; Aubry et Rau, *op. cit.* § 421, p. 28; Delvincourt, t. III, p. 26; Guillouard, t. XVI, nº 112.

2. Voir la pénétration de cette argumentation dans la jurisprudence : Cass. 12 déc. 1865, D. P. 1865.I.457 : « Aux termes de l'article 2052 du Code Napoléon, les transactions ont entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort et à ce titre elles ont, en général, un caractère simplement déclaratif ».

3. Guillouard, *op. cit.*, nº 111; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 421, note 17).

Ainsi, deux textes se prêtaient un mutuel secours pour laisser entrevoir la volonté législative : aucun doute n'était possible sur le caractère déclaratif de la transaction en droit positif français. D'ailleurs, ce caractère déclaratif n'était-il pas traditionnel dans l'ancien droit? C'est ce que soulignaient enfin les auteurs classiques.

III. — L'Argument historique.

108. Presque tous les auteurs ne manquaient pas de faire ressortir, à l'aide de quelques citations, que l'effet déclaratif de la transaction n'était pas ignoré à Rome [1].

En tout cas, disait-on, dans l'ancien droit, — si l'on met à part Tiraqueau, farouche partisan de la théorie translative et les glossateurs Bartole et Balde qui prétendaient que la transaction n'était déclarative que lorsqu'elle ne déplaçait pas l'état de la possession — des autorités considérables comme Dumoulin, d'Argentré et Pothier affirmaient très nettement que la transaction, bien loin de transférer le moindre droit, ne faisait que constater et reconnaître un droit préexistant.

Au reste, comment pourrait-on nier le caractère déclaratif de la transaction? Celui-ci n'est-il pas imposé par la logique la plus rigoureuse?

C'est ce que s'efforçaient de mettre en lumière les auteurs classiques pour compléter et achever leur démonstration.

§ 2.

LE FONDEMENT LOGIQUE DE LA THÉORIE CLASSIQUE

109. C'est à l'aide de deux formules empruntées à Dumoulin que l'on expliquait pourquoi la transaction n'est pas translative : « Il y a concours de consentements pour mettre fin à la contestation, disait Dumoulin, mais il n'y a pas de concours de consentements pour transférer la propriété [2] ».

Cette analyse de l'intention des parties, a été particulièrement bien faite par Troplong dans les lignes suivantes :

1. P. Pont, *op. cit.*, n° 532; Guillouard, n° 110.
2. Cf. La citation dans Laurent, *op. cit.*, p. 385.

« Celui qui renonce à son droit, après avoir soutenu qu'il était fondé, fait un sacrifice. A son égard, le contrat peut prendre la couleur d'une aliénation. Mais l'autre partie, qui se prétendait également fondée en droit, n'entend pas qu'une aliénation soit faite à son profit. A ses yeux, on ne fait que lui laisser ce qui lui appartient et reconnaître la justice de sa contestation. Dans cet état de choses, que fait la loi? Elle ne se permet pas de juger les prétentions respectives; elle écarte tout débat ultérieur sur un contrat qui a eu pour but de mettre fin aux débats des parties. Elle aime mieux supposer que chacun n'a fait que se rendre une justice volontaire et s'incliner devant la vérité. La transaction reconnaît le droit préexistant. Par sa nature, elle est déclarative : elle ne fait que certifier le droit précédemment douteux; elle ne fait qu'écarter la controverse qui obscurcissait ce droit : *Est sola liberatio controversiae* (Dumoulin) » [1].

C'est une analyse semblable que l'on retrouve chez la plupart des partisans de la théorie déclarative.

A son tour, Laurent soulignait que celui qui abandonne un objet renonce à ses prétentions sur cet objet, tandis que celui qui conserve l'objet entend toujours en avoir été propriétaire; et s'il fait un sacrifice, c'est pour éviter les ennuis ou les retards d'un procès [2].

***

Tels sont les grands traits de la théorie classique. Si l'on voulait la caractériser globalement on en résumerait assez bien l'allure générale, en disant qu'elle est fragmentaire et peu vigoureuse, affirmative mais médiocrement démonstrative.

Quelle portée peut avoir une théorie dont le fondement principal se trouve dans une interprétation exégétique pour le moins laborieuse et dans un raisonnement logique plus affirmatif que scientifique?

Aussi, n'est-il pas étonnant que les postulats classiques aient été l'objet d'une vive réaction doctrinale et d'une critique acérée. C'est à la description et, s'il y a lieu, à la critique de ce mouvement d'idées en sens contraire, qu'il nous faut maintenant procéder.

1. Cf. Troplong, *op. cit.*, p. 556.
2. Cf. Laurent, *op. cit.*, p. 385; P. Pont, *op. cit.*, p. 317; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 421.

SECTION II

LES RÉACTIONS DOCTRINALES CONTRE LA THÉORIE CLASSIQUE

C'est d'abord contre les conséquences pratiques de la théorie déclarative que fut dirigé le mouvement de réaction. On s'efforça ensuite de détruire ses fondements théoriques.

Nous consacrerons deux sous-sections à ces deux aspects de la réaction doctrinale.

SOUS-SECTION I

La critique empirique de la théorie classique.

La critique empirique de la théorie classique se résume en deux propositions que M. Chevallier a développées avec une rare maîtrise à la suite de nombreux auteurs[1] :

— la théorie déclarative a des conséquences pratiques néfastes;

— la théorie déclarative est dépassée par les faits.

§ 1.

LES CONSÉQUENCES DE LA THÉORIE DÉCLARATIVE SONT NÉFASTES[2]

110. Une des conséquences les plus inéluctables de la théorie qui assigne à la transaction un effet déclaratif réside dans l'impossibilité pour celui qui possède en vertu d'une transaction

1. Chevallier, *op. cit.*, p. 88 et suiv.; Desserteaux, *op. cit.*, p. 208 et suiv.; Accarias, *De la transaction*. Thèse, Paris, 1863; Colmet de Santerre et Demante, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. VII, n° 24 et suiv.

2. Jusqu'en 1935 on critiquait vivement l'absence de transcription de la transaction; cette dispense de transcription paraissait logiquement imposée par le caractère déclaratif de la transaction. Aussi, montrait-on les graves dangers de l'absence de publicité lorsque la transaction porte sur des droits immobiliers. Cf. Desserteaux, *op. cit.*, n° 105, p. 208; Chevallier, *op. cit.*, p. 90).

Mais depuis le décret-loi du 30 octobre 1935 soumettant à la transcription tous les actes déclaratifs de droits réels, cette objection a perdu son objet. Cf. Durand, *La réforme du régime de la transcription. Rev. crit.*, 1936, p. 149 et suiv.

de l'invoquer comme juste titre pour prescrire de dix à vingt ans ou pour l'acquisition des fruits [1].

Le juste titre est, en effet, par essence un acte qui, originairement avait pour but de transférer la propriété mais qui n'a pas réalisé ce but par suite d'une cause d'inefficacité accidentelle.

Or, cette règle est remplie d'inconvénients graves aussi bien en ce qui concerne la prescription qu'en ce qui concerne l'acquisition des fruits :

Si pour une raison quelconque le bénéficiaire de la transaction ne peut pas utiliser les titres dont il s'est servi au moment de la transaction contre son adversaire, il se trouvera en fâcheuse posture devant les tiers qui prétendent avoir des droits sur l'immeuble dont il a la possession.

M. Chevallier souligne que « cet inconvénient s'aggrave encore du fait que celui qui détient l'immeuble en vertu de la transaction ne peut même pas invoquer la jonction des possessions et additionner au temps qu'a duré sa propre possession, celui pendant lequel son contractant a lui-même possédé » [2]. En effet, la jonction des possessions n'est possible que si le nouveau possesseur est l'ayant cause de l'ancien. « Pourquoi celui qui possède en vertu d'une transaction est-il moins bien traité que tout autre acquéreur [3]? »

D'autre part, en matière d'acquisition des fruits, l'effet déclaratif de la transaction a pour conséquence d'empêcher le possesseur de faire les fruits siens puisque aux termes de l'article 550 du Code civil : « Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. » Cette conséquence est également injuste [4].

111. Un résultat encore plus choquant, — et qui, d'ailleurs conduit dans certains cas à des difficultés inextricables, — c'est l'impossibilité pour celui qui a transigé d'invoquer contre les tiers les titres de son cocontractant [5]. Cette conséquence est directement imposée par la théorie déclarative : le possesseur en vertu d'une transaction garde la chose avec les droits qu'il invoquait sur elles puisqu'il se prétendait propriétaire, mais il ne peut bloquer ses propres titres avec ceux de son adversaire.

C'est regrettable, car la transaction n'a dissipé l'obscurité

1. Cf. Chevallier, *op. cit.*, p. 96 et suiv.; Desserteaux, *op. cit.*, p. 209 et suiv.
2. Chevallier, *op. cit.*, p. 96.
3. Chevallier, *op. cit.*, p. 96.
4. Chevallier, *op. cit.*, p. 98; Accarias, nº 144, p. 286.
5. Mourlon, *Traité de la transaction*, p. 185; Huc, t. XII, nº 323; Desserteaux, *op. cit.*, p. 215, nº 107; Chevallier, *op. cit.*, p. 100 et suiv.

et l'incertitude du titre du possesseur qu'entre les parties, mais celui-ci garde ses faiblesses vis-à-vis des tiers.

Ce n'est pas conforme à l'intention des parties : « Celui qui transige veut consolider ses droits, non seulement à l'égard de son contractant, mais, également, autant que possible, à l'égard de tous. S'il a consenti quelque sacrifice, s'il a payé quelque chose, c'est précisément pour être investi des droits douteux et des titres incertains de son adversaire[1] ».

Au demeurant, Mourlon a montré comment cette conséquence de l'effet déclaratif pourrait aboutir à des difficultés insolubles :

Supposons que *Primus* et *Secundus* transigent au sujet de la propriété d'un immeuble : *Secundus* est reconnu propriétaire. Après la transaction, *Tertius* introduit contre *Secundus* une action en revendication de l'immeuble; *Secundus* succombe. Mais *Primus* — qui n'est plus lié par la transaction passée avec *Secundus* — revendique contre *Tertius*, et triomphe. A peine *Primus* est-il rentré en possession que *Secundus* se retourne contre lui en invoquant la transaction et en prétendant que le jugement intervenu contre *Primus* et *Tertius* est pour lui *res inter alios judicata*. Il reprend donc l'immeuble. Mais à ce moment-là, il se trouve de nouveau à la merci de *Tertius* qui va pouvoir invoquer le jugement qui a reconnu sa propriété contre lui et qui reprendra l'immeuble, se trouvant par là lui-même en butte aux prétentions de *Primus*.

C'est un cercle vicieux, disent les adversaires de la théorie déclarative, dont on ne pourrait sortir si le cas se posait en pratique, qu'en permettant à *Secundus* d'invoquer contre *Tertius* les titres de *Primus;* autrement dit, en attribuant à la transaction un caractère translatif.

112. Enfin, M. Chevallier émet, le premier et, semble-t-il, le seul parmi les adversaires de la théorie classique, l'objection suivante :

Si la transaction est déclarative, ne faut-il pas logiquement en conclure qu'elle est aussi rétroactive et que tous les actes accomplis antérieurement à la transaction par celui auquel elle ne reconnaît pas la propriété, doivent être anéantis[2]?

En fait, concède M. Chevallier, cette conséquence logique de l'effet déclaratif ne se produit jamais, sans doute parce qu'à l'égard des ayants cause de celui qui a transigé, la transaction est *res inter alios acta :* « Dans tous les cas, leur situation est

1. Cf. Chevallier, *op. cit.*, p. 101.
2. Chevallier, *op. cit.*, p. 93.

fixée définitivement au moment du contrat qui fait leur titre; si à ce moment leur auteur était propriétaire, tous leurs droits sont incontestables, quels que soient les événements postérieurs; si, au contraire, leur auteur n'était pas propriétaire, il n'a pu leur transférer aucun droit car nul ne peut transférer ce qu'il n'a pas. On ne voit pas, *a priori*, ce que le caractère déclaratif peut changer à cette situation [1] ».

Néanmoins, le caractère déclaratif de la transaction n'est pas sans influence sur la situation des ayants cause de la personne qui a renoncé à ses prétentions : la transaction, comme tout acte déclaratif, peut servir de preuve de la propriété et être invoquée en tant que telle par son bénéficiaire. De telle sorte que, pour conserver leurs droits, les ayants cause du renonçant seront obligés de prouver directement que leur auteur était propriétaire, autrement dit que la transaction a été dans la réalité des choses translative. La charge de la preuve est donc renversée. C'est là un résultat très grave car « imposer aux ayants cause la preuve de la propriété de leur auteur, c'est pratiquement résoudre leurs droits et les réduire à un recours illusoire contre leur auteur [2] ».

Aux yeux d'une grande partie de la doctrine les divers inconvénients pratiques que nous venons d'énumérer condamnent la théorie déclarative. Au surplus, la jurisprudence, soucieuse du bon fonctionnement des institutions, aurait elle-même écarté cette théorie dans bon nombre d'hypothèses.

§ 2.

LA THÉORIE DÉCLARATIVE EST DÉPASSÉE PAR LES FAITS

Cette conception ne constituerait plus un cadre d'explication susceptible de rendre compte du droit positif. Selon les propres termes de M. Chevallier, elle n'aurait même plus une valeur « dogmatique [3] ».

La « révolte des faits » contre le caractère déclaratif de la transaction se serait manifestée sur trois points principaux. La transaction serait susceptible d'action paulienne, d'action résolutoire et enfin elle donnerait prise au retrait litigieux.

1. Chevallier, *op. cit.*, p. 94.
2. Chevallier, *op. cit.*, p. 95.
3. Chevallier, *op. cit.*, p. 145 et suiv.

113. L'action paulienne ne peut être engagée que contre des actes d'appauvrissement. Si la transaction est vraiment déclarative, la logique exigerait donc qu'on interdise aux créanciers de celui qui a transigé de demander la révocation de la transaction, car celle-ci ne saurait être considérée comme un acte d'appauvrissement.

L'action paulienne, à tout le moins, ne devrait être admissible que si, au préalable, le créancier qui veut l'exercer, réussit à prouver que l'acte attaqué n'est pas une transaction mais un acte translatif [1].

La jurisprudence cependant n'applique pas ces principes foncièrement injustes : M. Chevallier cite deux arrêts, l'un de la Chambre des Requêtes de la Cour de cassation du 22 juillet 1902 [2]; l'autre, de la Cour de Nancy du 12 février 1898 [3], qui admettent formellement la recevabilité de l'action paulienne contre une transaction.

Solution juste, fait-il remarquer — mais incompatible avec le caractère déclaratif de la transaction.

114. D'autre part, on fait remarquer qu'il y a une incompatibilité radicale entre l'effet déclaratif de la transaction et la possibilité de soumettre ce contrat à l'action en résolution pour inexécution :

« Demolombe, écrit M. Chevallier, remarque judicieusement au sujet du partage que l'application de l'article 1184 implique le caractère synallagmatique du contrat qui s'y trouve soumis, c'est-à-dire que les deux contractants se trouvent respectivement les ayants cause l'un de l'autre. Or, ceci est incompatible avec le caractère déclaratif. Il est donc contradictoire de prétendre la transaction déclarative résoluble pour inexécution [4]. »

Or, la jurisprudence admet la possibilité de l'action résolutoire contre une transaction [5]. N'est-ce pas une nouvelle preuve de l'impuissance de la théorie déclarative à résoudre certains problèmes?

115. Enfin, il y aurait une dernière preuve éclatante du dépassement de la théorie déclarative par les faits : la transaction donnerait prise au retrait litigieux [6].

1. Chevallier, *op. cit.*, p. 145.
2. Req. 12 juill. 1902, D. P. 1902.I.399.
3. Nancy, 12 fév. 1898, D. P. 1899.II.86.
4. Chevallier, *op. cit.*, p. 151.
5. Cass. 20 mai 1833, S. 1833.I.864; Cass. 16 juill. 1875; D. 76.I.199; Cass. 24 janv. 1898, D. 99.I.109.
6. Chevallier, *op. cit.*, p. 151.

*

C'est encore M. Chevallier qui cite, à l'appui de cette affirmation, — outre l'autorité de certains auteurs [1], — un arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de cassation du 22 juillet 1851 [2].

Un tel résultat est aussi en contradiction absolue avec l'idée selon laquelle la transaction serait déclarative, car personne ne met en doute que les retraits ne peuvent être exercés que contre des actes translatifs [3].

***

Que faut-il penser de ces critiques? En vérité leur portée est liée à la question de savoir si la transaction est, dans la réalité des choses, un acte translatif.

Or, si nous avons nous-mêmes mis l'accent sur les imperfections de la théorie classique de l'effet déclaratif, nous ne l'avons pas pour cela condamnée définitivement, avant d'avoir complété notre information et confronté tous les points de vue.

Les adversaires de la théorie classique, généralement d'accord sur les critiques qu'ils adressent à cette dernière au point de vue pratique, se séparent lorsqu'il s'agit de définir la nature exacte de la transaction.

Pour les uns la transaction serait dans le fond translative mais le législateur, créant une fiction, lui aurait attribué un caractère déclaratif.

Pour les autres la transaction serait légalement et rationnellement translative. Ce sont ces deux positions qu'il nous faut maintenant examiner.

1. Cf. Guillouard, t. II, n° 890; Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 934; Huc, *Cession et transmission des créances*, n° 604.
2. Req. 22 juill. 1851, D. P. 51.I.265.
3. Chevallier, p. 152.

Sous-section II

La critique scientifique de la théorie classique.

§ 1.

LE REJET PARTIEL DE LA DÉCLARATIVITÉ : LA THÉORIE DE LA FICTION

116. Les affirmations de la théorie classique, aux termes desquelles la transaction serait une pure et simple reconnaissance de droits antérieurs ont paru choquantes à certains auteurs.

Il est en effet quelque peu contradictoire, comme on l'a souligné, de prétendre que la transaction n'est pas autre chose que l'aveu du droit de l'une des parties par l'autre puisque les droits sur lesquels on transige ne sont pas des droits certains mais des droits douteux.

Aussi, Wahl a-t-il pu écrire qu' « en analysant avec soin la transaction, on trouverait peut-être bien qu'elle contient, dans l'intention des parties, une véritable transmission au moins éventuelle de droits [1] ». Wahl développait son opinion en exprimant que les droits et les titres antérieurs à la transaction pourraient être en réalité très différents de ce qui a été décidé. Mais, pour empêcher le procès de renaître, la loi décide que « ces droits sont censés avoir toujours appartenu à celui au profit de qui la transaction les consacre [2] » : le caractère déclaratif de la transaction est une fiction légale.

Cette conception, qui a connu par la suite un certain succès [3], n'avait à l'origine aucune portée pratique car personne ne songea tout d'abord à en tirer le principe d'une limitation du domaine d'application de l'effet déclaratif.

Ces idées devaient cependant être reprises et développées sur le terrain pratique par M. Desserteaux en 1908 [4].

1. Wahl sur Baudry-Lacantinerie, t. XXI, nº 1320, p. 701.
2. Wahl, *op.* et *loc. cit.*
3. Giroud, *Étude sur la transaction.* Thèse, Lyon, 1901; Planiol, Ripert et Savatier, *Traité pratique de droit civil*, t. XI, nº 1590; Mouras, *L'action du droit fiscal sur l'effet déclaratif.* Thèse, Nancy, 1939, p. 29.
4. M. Desserteaux s'est vivement défendu d'être partisan de la théorie de la fiction, cf. p. 250. Mais nous verrons que, malgré ces dénégations, les conclusions de l'éminent auteur ne peuvent s'expliquer que par une adhésion implicite à cette théorie.

I. — Exposé de la théorie de M. Desserteaux [1]

117. M. Desserteaux écrit à une époque de transition dans les méthodes d'interprétation du droit : la méthode exégétique en honneur pendant tout le XIX^e^ siècle avait depuis plusieurs années laissé entrevoir ses faiblesses; en enchaînant l'interprète à la lettre de la loi plus qu'à son esprit, elle faussait l'optique générale des problèmes et souvent masquait la nature véritable des institutions. M. Gény, dans de remarquables ouvrages, avait fait le procès de cette technique et posait les bases d'une nouvelle méthode simple et intelligente : la libre recherche scientifique [2].

C'est à l'ombre de ces directives que M. Desserteaux a entrepris son travail :

« Pour arriver à une solution exacte du problème, écrit-il, la meilleure méthode me paraît être, au lieu de se plonger dans des spéculations *a priori* sur la nature de la transaction, d'examiner toutes les hypothèses pratiques dans lesquelles il peut y avoir quelque intérêt à savoir si une transaction est déclarative ou translative; d'établir la solution qui paraît juste, sans négliger d'ailleurs pour s'éclairer les considérations de travaux préparatoires, de tradition, etc., qui sont capables de nous guider, puis de noter si la solution s'accorde mieux avec le caractère déclaratif ou mieux avec le caractère translatif. Quand nous aurons recueilli la collection complète des solutions, la théorie rationnelle apparaîtra d'elle-même [3]. »

Au terme de ses analyses ainsi entreprises, M. Desserteaux fait en quelque sorte le bilan des solutions trouvées et s'aperçoit qu'entre les parties il n'y a aucun inconvénient à laisser subsister le caractère déclaratif de la transaction, mais que vis-à-vis des tiers, au contraire, il faut la traiter comme un acte translatif.

C'est ainsi qu'il admet entre les parties les solutions suivantes, nettement inspirées par l'idée déclarative : l'éviction de l'objet litigieux ne doit pas donner lieu au recours en garantie; l'inexécution de la transaction peut donner lieu à la mise en œuvre de l'obligation d'exécuter et d'une clause pénale; la transaction n'est pas soumise à la résolution pour inexécution des charges.

1. Desserteaux, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif*. Thèse, Dijon, 1908.

2. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources; Science et technique en droit positif*.

3. Desserteaux, *op. cit.*, n° 117, p. 287.

Tandis que dans les hypothèses où les tiers sont en cause, il faut considérer la transaction comme un acte translatif. D'où les solutions suivantes : la transaction peut constituer un juste titre pour prescrire contre un tiers; le conjoint d'une partie au contrat doit pouvoir considérer la transaction comme une cession pour faire tomber le bien en communauté; les créanciers d'une partie au contrat pourront se prévaloir de la transaction pour écarter l'hypothèque légale de la femme de leur débiteur.

Mais M. Desserteaux n'en reste pas à ce résultat purement comptable. Il va montrer que ce n'est pas par une coïncidence fortuite que les exigences pratiques imposent de considérer la transaction à la fois comme un acte déclaratif et comme un acte translatif.

« Il est bien vrai — dit-il — que la transaction a au fond le caractère déclaratif, qu'elle a pour but de régler dans l'avenir comme dans le passé des rapports de droit insolubles et inextricables, qu'elle offre une remarquable analogie avec un jugement [...]

« [...] Mais, ajoute-t-il, tout ce que nous disons là n'est vrai qu'entre les parties. Les tiers ont la faculté imprescriptible de faire régler leurs droits par les tribunaux. Le règlement fait entre des personnes qui leur sont étrangères ne saurait ni leur profiter ni leur préjudicier; ils peuvent demander qu'il en soit fait à leur égard un autre, et par la voie judiciaire. Alors que vaut la transaction à leur égard? Il se peut qu'elle n'ait pas réglé le droit comme il aurait dû, à leur égard, être réglé; alors l'interprète est bien obligé de considérer qu'à l'égard du tiers la transaction a opéré un changement du droit, mutation de propriété, création d'obligation, etc. Et, par une juste réciprocité, cette analyse est exacte, que ce soit le tiers qui veuille se servir de la transaction contre les parties ou que ce soient au contraire les parties qui veuillent s'en servir contre le tiers. Déclarative entre les parties et translative à l'égard des tiers, telle est la transaction [1]. »

Ces formules se précisent encore davantage, — et la théorie de M. Desserteaux prend plus de hauteur — si on les rapproche de la conclusion dernière de son œuvre, celle dans laquelle il

1. Desserteaux, *op. cit.*, p. 250-251. Cette distinction avait été proposée auparavant par trois auteurs (Mourlon, *Transcription*, p. 187-189; Beautemps-Beaupré, *Rev. prat.*, 1863, t. XVI, p. 292 et 308; procureur général Delangle, *Conclusions* au D. 1866.I.74) et adoptée en matière fiscale par un arrêt célèbre des Chambres réunies de la Cour de cassation du 12 décembre 1865 (S. 66.I.73; D. 65.I.457).

prend définitivement parti sur la notion de convention déclarative :

« A la différence des contrats translatifs, dans lesquels les parties acceptent comme satisfaisants les rapports de droit qui ont existé entre elles avant le contrat et veulent seulement leur en substituer d'autres dans l'avenir, les contrats déclaratifs ont pour but de régler des rapports qui, pour une raison ou pour une autre, sont incommodes même dans le passé, et dont les parties veulent rejeter les conséquences autant qu'il est en leur pouvoir [1]. »

Dans cette perspective, comment peut se définir la transaction? C'est « un règlement rétroactif, par la volonté des parties, d'une série de rapports de droit, règlement dont les tiers ne pouvaient prévoir la nécessité et l'imminence [2] ». Dès lors, en vertu du principe de la relativité des conventions, la transaction doit être inopposable aux tiers en tant qu'acte déclaratif.

II. — Critique de la théorie de M. Desserteaux

118. La théorie de M. Desserteaux, si séduisante à la première lecture, ne résiste cependant pas à un examen attentif [3].

a) Tout d'abord la méthode employée par l'éminent auteur pour découvrir la nature juridique de la transaction est quelque peu choquante [3] : c'est par un procédé qui s'apparente à celui de la comptabilité que M. Desserteaux établit la nature mixte de la transaction; cette dernière est imposée dans son esprit par les nécessités pratiques, au lieu d'être imposée par des considérations scientifiques.

Or, en théorie pure et sur le seul plan de la logique, il est impossible de concevoir une transaction qui, dans la réalité des choses, serait à la fois déclarative ou translative : elle est l'une ou l'autre. Dès lors, il faut nécessairement que l'un de ces deux aspects exprime le résultat d'une fiction.

C'est ici que M. Desserteaux se contredit. Malgré ses dénégations [4], la fiction, dans le système qu'il propose, ne peut être que dans le caractère déclaratif de la transaction. En effet, n'est-ce pas la caractéristique d'une fiction d'être, autant que possible, privée de rayonnement vis-à-vis des tiers qui, légitimement, ont le droit d'invoquer la nature réelle des institutions?

1. *Op. cit.*, p. 403-404.
2. *Op. cit.*, p. 407.
3. Voir les critiques de M. Boyer, *op. cit.*, p. 296 et suiv., et celles de M. Stolfi *Natura giuridica del negozio di accertamento*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 137 et suiv.
4. p. 250.

b) Si, d'ailleurs, on admet qu'aux yeux de M. Desserteaux la transaction est, dans la réalité des choses, un acte déclaratif, on s'aperçoitque le régime juridique qu'il fait produire à cet acte vis-à-vis des tiers est absolument inexplicable.

C'est en invoquant la relativité des conventions que l'auteur décide que vis-à-vis des tiers la transaction doit être considérée comme translative. Mais le principe de la relativité des conventions ne saurait expliquer ce résultat : si la transaction est vraiment déclarative, elle doit avoir ce caractère vis-à-vis de tout le monde; en tant qu'acte déclaratif, elle doit avoir une opposabilité absolue; et le principe de relativité n'a nullement la vertu de transformer sa nature véritable vis-à-vis des tiers : il y aurait là une fiction tout à fait injustifiée.

Que veut dire ce principe de relativité? Essentiellement que l'effet obligatoire de la transaction sera inefficace au regard des personnes qui n'ont pas été parties à l'acte : une transaction intervenue entre Pierre et Paul au sujet de la propriété d'un immeuble aura aux yeux de Jacques une existence incontestable, mais elle ne le liera pas vis-à-vis de Paul; il pourra à son tour contester sa propriété et triompher.

Aussi, M. Desserteaux, en vertu de la plus stricte logique et au risque de lui imposer cette qualité malgré lui, doit-il être considéré comme un partisan de la théorie de la fiction de l'effet déclaratif.

Mais cette théorie, qui a compté quelques adeptes au XIX^e^ siècle [1], et qui en compte encore de nos jours [2], s'est heurtée à de violentes critiques de la part des auteurs qui jugent préférable de rejeter complètement l'idée d'effet déclaratif pour restituer à la transaction la nature translative qui lui serait propre.

§ 2.

LE REJET TOTAL DE LA DÉCLARATIVITÉ : LA THÉORIE TRANSLATIVE

I. — Exposé de la théorie translative

Pendant longtemps, la théorie translative est restée plus destructive que constructive : il s'agissait avant tout de mettre

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. XXI, n° 1320, p. 701.
2. Planiol, Ripert et Savatier, *Traité pratique de droit civil*, t. XI, n° 1590; Giroud, *Étude sur la transaction*. Thèse, Lyon, 1901.

à néant les arguments de la théorie déclarative. Ce n'est que récemment et grâce à l'étude de M. Chevallier, que la théorie translative est passée du stade purement destructeur au stade constructif.

Nous examinerons successivement l'aspect critique et l'aspect positif de la théorie translative.

A) *L'aspect critique de la théorie translative.*

Les arguments généralement invoqués contre la théorie classique sont au nombre de trois :

— la théorie déclarative est contraire à la morale;

— la théorie déclarative ne rend pas compte de l'intention des parties;

— la théorie déclarative est inutile pour expliquer l'article 2052 du Code civil.

119. C'est Mourlon qui, le premier, s'est avisé du caractère immoral de la théorie déclarative. Si la transaction, soutient-il, est réellement déclarative, pourquoi celui qui reconnaît le droit de son adversaire peut-il exiger comme prix de sa reconnaissance une contre-partie? Cette contre-partie doit être considérée comme le fruit d'un chantage que Mourlon décrivait ainsi : « Cette maison est bien à vous, je n'y ai aucun droit... Mais comme certaines apparences existent à mon profit, je puis vous faire un procès et avec un peu d'habileté triompher peut-être. Donc, ou donnez-moi 1.000 francs, ou je vous traîne devant les tribunaux [1]. »

Cet argument a eu une portée considérable et M. Chevallier qui le reprend, à son tour, conclut que « si l'on veut donner à la transaction son véritable sens, si l'on veut éviter qu'elle se présente comme un chantage, il faut reconnaître que les parties abandonnent des prétentions peut-être fondées, d'où il suit que les abandons peuvent être rémunérés. Mais il en résulte aussi qu'il faut abandonner l'effet déclaratif et avouer que la transaction comporte ou peut comporter de véritables cessions [2] ».

120. D'ailleurs, ajoute-t-on, la théorie déclarative ne rend pas compte de l'intention véritable des parties : « D'après la volonté des parties, la transaction implique plutôt une cession qu'un simple abandon du droit [3] », écrit Colmet de Santerre. Il est, en

1. Mourlon, *Transcription*, t. I, p. 121. Adde : *Accarias*, p. 284; Desserteaux, *op. cit.*, 108, p. 217; Chevallier, *op. cit.*, p. 52.
2. Chevallier, p. 52.
3. Colmet de Santerre, t. VIII, nº 281 *bis*.

effet, absolument contraire à la volonté des parties d'empêcher — comme le font les partisans de la théorie déclarative — le bénéficiaire de la transaction de s'en servir comme juste titre ou encore de lui refuser la possibilité d'invoquer les titres de son adversaire contre un tiers. Quel intérêt peut avoir à conserver ses titres celui qui renonce à ses prétentions sur un immeuble? « Entre ces deux contractants dont l'un a intérêt à acquérir les droits de l'autre et dont cet autre n'a aucun intérêt à ne pas les céder, la présomption n'est-elle pas que la convention intervenue est une cession »[1]?

121. Un obstacle cependant s'imposait aux partisans de la théorie translative : l'article 2052 du Code civil. Quelle portée fallait-il lui attribuer? La réponse est simple : il est inutile d'aller au delà de son sens littéral. Il signifie que la transaction éteint le procès d'une manière définitive comme un jugement[2]; elle l'éteint même plus rapidement qu'un jugement, puisque ce dernier est susceptible de voies de recours; la transaction, elle, intervient d'emblée en dernier ressort :

« L'article 2052, écrit Huc, a pour but d'indiquer que les voies de recours admises contre les jugements ne peuvent être suivies contre la transaction même si on persistait à y voir un jugement émané des parties elles-mêmes. Cette assimilation n'a donc pas plus de portée que celle que nous trouvons dans l'article 1134 déclarant que les conventions sont irrévocables et tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites : il est manifeste qu'un jugement ne pourrait être sujet à cassation pour avoir mal interprété une convention comme s'il avait mal interprété une loi. Par conséquent, au point de vue de leur stabilité ou de leur irrévocabilité, les transactions ne gagnent rien à être assimilées à un jugement ayant l'autorité de la chose jugée[3]. »

122. Tel est, schématiquement retracé, le lent travail d'érosion doctrinale subi par la théorie déclarative. Derrière les critiques et l'œuvre destructive, se profile déjà une théorie véritablement translative : la transaction réaliserait une véritable cession de droits.

Que faut-il penser de cette conception?

Elle nous semble se heurter à des objections catégoriques qui apparaissent, si l'on réfléchit un instant, aux divers arguments invoqués contre l'idée déclarative :

1. Colmet de Santerre, *ibid.* ; *Accarias*, n° 143; Chevallier, p. 51.
2. Chevallier, p. 55.
3. Huc, t. XII; cf. ég. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, p. 584.

a) Il est impossible de concevoir la transaction sous la forme du chantage décrit par Mourlon : il ne faut pas perdre de vue, en effet, que l'essence du contrat de transaction réside dans le caractère douteux et incertain des droits sur lesquels les parties transigent. Dès lors, l'attitude de la partie renonçante est déterminée par la représentation, exacte ou fausse peu importe, qu'elle se fait de ses chances de triompher en justice. Elle transige parce qu'elle estime que la position de son adversaire sera plus forte devant le tribunal; c'est le seul mobile qui importe; au fond d'elle-même elle a peut-être la conviction morale de l'existence de son droit, mais la conviction juridique lui fait défaut.

b) De son côté, le bénéficiaire de la transaction est également persuadé de l'existence de son droit. Mais il consent à faire un sacrifice pour des raisons diverses : urgence d'une solution définitive du litige; peut-être même un léger doute juridique sur ses chances de succès. Ceci exclut de sa part tout sentiment de faire une acquisition quelconque. Objectivement, d'ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que le sacrifice qu'il consent doit être très largement disproportionné avec la valeur de l'objet dont on lui reconnaît la propriété, sinon il y aurait une véritable vente.

c) Enfin, l'interprétation que l'on donne de l'article 2052 du Code civil nous semble extrêmement contestable car si ce texte a seulement pour but de reproduire l'article 1134 du Code civil, on ne voit vraiment pas son utilité. Il amorce certainement une comparaison avec un jugement dont il faudrait dégager la signification profonde d'une manière plus scientifique que ne l'a fait la théorie classique.

Les objections que nous venons de formuler ont été nettement aperçues par M. Chevallier qui s'est efforcé de les éviter en donnant du caractère translatif de la transaction une autre justification.

B) *L'aspect constructif de la théorie translative : l'analyse de M. Chevallier*[1].

123. M. Chevallier, avant de préciser la manière dont il faut entendre l'effet translatif de la transaction, montre d'abord pourquoi, selon lui, la transaction ne peut pas être déclarative. C'est qu'il y aurait une incompatibilité radicale entre le caractère conventionnel de la transaction et la notion d'effet déclaratif.

Il suffit, pour s'en convaincre, de rapprocher les deux défi-

1. Chevallier, *L'effet déclaratif des conventions et des contrats*. Thèse, Rennes, 1932.

nitions généralement admises de l'acte déclaratif et du contrat pour faire apparaître leur incompatibilité :

« L'acte déclaratif est celui qui se réfère à une situation antérieure qu'il constate sans y apporter de modification. » Tandis que « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'engagent envers une ou plusieurs autres à donner à faire ou à ne pas faire quelque chose », dit l'article 1101 du Code civil.

Or, « la transaction comme tous les contrats a nécessairement pour effet de créer des obligations. Les parties doivent respecter leur accord et ne pas rouvrir le procès que la transaction a pour but d'éviter ou de prévenir ». En outre, « on ne saurait sérieusement contester que la transaction fréquemment modifie la situation antérieure des parties. Elle est souvent pour ceux qui y procèdent, le moyen de susbtituer à une situation complexe et embrouillée une situation claire mais nouvelle[1] ».

Ces transformations ne sont-elles pas incompatibles avec l'idée selon laquelle la transaction est purement déclarative ou « récognitive »?

Ces prémisses posées, M. Chevallier expose sa conception de la transaction.

« Les transactions, dit l'article 2048 du Code civil, se renferment dans leur objet; la renonciation qui y est faite de tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu. »

« Peut-on dire plus nettement, poursuit M. Chevallier, que la transaction est un contrat par lequel deux parties préviennent ou terminent un procès, au moyen de renonciations et que ces renonciations ne portent pas seulement sur des actions ou sur des prétentions mais sur les droits eux-mêmes fondements de ces prétentions. »

Mais quels sont les caractères et les effets de ces renonciations conventionnelles?

Il faut distinguer celles qui portent sur un droit de créance et celles qui portent sur un droit réel.

Quand la renonciation a pour objet un droit de créance, c'est une remise de dette.

Mais si elle a pour objet un droit réel, la renonciation est-elle simplement abdicative ou véritablement translative? Aucun doute n'est possible, car les renonciations conventionnelles sont nécessairement translatives : « Dès lors qu'une personne accepte

1. *Op. cit.*, p. 50.

l'abandon qui lui est offert, le droit abandonné passe dans son patrimoine et le transfert se trouve réalisé. »

Ainsi, l'analyse la plus rigoureuse du mécanisme de la transaction met en lumière son effet nécessairement translatif. C'est la première conclusion de M. Chevallier.

Une objection vient cependant tout de suite à l'esprit, c'est celle que nous faisions tout à l'heure et M. Chevallier la formule lui-même avec aisance. « Dire que la transaction est, dans tous les cas, translative, n'est-ce pas poser en principe que celui qui abandonne ses prétentions à l'objet litigieux était réellement titulaire des droits qu'il invoquait [1]? » C'est l'objection que nous formulions tout à l'heure contre les auteurs qui voient dans la transaction une cession de droits certains; comme le souligne à son tour M .Chevallier, « il est également arbitraire de dire que la transaction ne contient jamais qu'une simple reconnaissance des droits antérieurs des parties et d'affirmer que celui qui renonce à ses droits prétendus en était réellement titulaire. Dans les deux cas, on méconnaît le caractère douteux et incertain des droits sur lesquels il est transigé ».

Mais M. Chevallier évite cette objection d'une manière très habile : « L'objection, dit-il, n'est pas pertinente. Elle suppose qu'une cession ne peut être translative que si elle porte sur des droits certains, incontestables et qu'on peut, par une opération translative, céder des droits douteux. Nous connaissons une cession de droits incertains dont on n'a jamais contesté le caractère translatif : c'est la cession de droits litigieux [2]. » Or c'est exactement l'opération à laquelle se ramène la transaction : « La transaction apparaît comme la cession que l'un des plaideurs ferait à l'autre de ses droits litigieux. Cette analyse répond certainement beaucoup mieux à l'intention probable des parties que la théorie de la transaction déclarative. Il faut, en effet, présumer que celui qui abandonne l'objet litigieux ne se contente pas de le laisser à l'autre avec les droits qu'il y prétendait, mais qu'encore il lui cède, en tant que besoin, les droits que lui-même invoquait et qu'il abandonne [3]... »

124. La théorie de M. Chevallier est plus facilement persuasive que la théorie translative ordinaire : la définition de l'objet du transfert par celle du droit litigieux respecte l'élément fondamental de la transaction.

1. P. 186. Voir la discussion de M. Rodière dans le t. XII du *Cours de droit civil français* de Ch. Beudant (contrats civils divers, *, p. 386).
2. P. 186.
3. P. 388.

Nous ne croyons pas cependant qu'il soit possible de suivre M. Chevallier, et cela pour deux raisons essentielles : les prémisses de sa théorie sont d'une exactitude douteuse; son analyse du mécanisme de la transaction est contraire à la logique.

On se souvient que l'origine des idées fondamentales de M. Chevallier se trouve dans l'incompatibilité radicale qu'il décèle entre les concepts d'acte déclaratif et de convention : une convention ne pourrait jamais être déclarative parce qu'elle est, par essence, modificative de l'ordonnancement juridique antérieur, tandis que l'acte déclaratif se borne au contraire à constater un droit préexistant sans le modifier.

Cette dernière affirmation nous apparaît comme un postulat dont la valeur est plus que contestable : au point où nous en sommes de notre analyse des divers actes déclaratifs, il nous est permis de douter sérieusement de l'exactitude des formules classiques dont M. Chevallier s'est fait le plus strict interprète. Tous les actes déclaratifs que nous avons examinés ont précisément pour caractéristique et pour utilité principale de modifier ou de transformer la situation antérieure. Dès lors, on ne voit pas pourquoi il y aurait une incompatibilité entre la forme conventionnelle d'un acte juridique et son effet déclaratif.

Cette erreur initiale a provoqué chez M. Chevallier une optique déformée du mécanisme de la transaction. Il y a, selon nous, une raison absolument péremptoire pour dissocier la transaction et la cession de droits litigieux; c'est que la cession de droits litigieux est rationnellement inconcevable en matière de transaction : tandis que la première est faite à un tiers, la transaction est faite avec l'adversaire lui-même et, par conséquent, a pour objet essentiel et exclusif de mettre fin à un litige. Or, il est pour le moins surprenant que l'élimination d'un litige se termine par une vente[1] !

***

125. Ainsi une conclusion précise se dégage-t-elle de l'examen de la théorie translative : il paraît impossible de déceler dans la transaction le moindre effet translatif. Il y a, au contraire, une incompatibilité naturelle entre la transaction et l'effet translatif en raison de son but d'abord, de son objet ensuite (droits incertains); on peut même ajouter un argument supplémentaire : les auteurs ont pris l'habitude de raisonner presque

1. Cf. les critiques très pénétrantes de M. Boyer (*op. cit.*, p. 312-313). Adde celles de M. Rodière (*op. cit.*, nº 347).

exclusivement sur la transaction relative à un droit réel et négligent complètement la transaction sur indemnité. Or, lorsque deux parties transigent sur le montant d'une indemnité, on ne voit pas très bien quel est le droit que la victime pourrait transmettre au responsable ; et, inversement, on peut se demander quel est le droit transmis par le responsable à la victime?

Du débat doctrinal qui dure depuis 1804, la théorie déclarative ne sort pas vaincue. Il paraît indispensable de travailler sur ses bases, de s'attacher à justifier plus solidement que ne l'ont fait ses promoteurs la part de vérité qu'elle semble contenir. Dans cette perspective, un auteur contemporain s'est efforcé de revivifier la vieille conception déclarative. L'examen de ces idées nouvelles retiendra notre attention dans la section suivante.

SECTION III

LA REVISION DE LA THÉORIE CLASSIQUE (La théorie néo-classique)

126. C'est à l'occasion de sa récente et importante étude sur « la notion de transaction » que M. Boyer a apporté sa contribution personnelle au problème si discuté de la nature et des effets de ce contrat [1]. Sa position à cet égard est déterminée par la double considération des défauts de la théorie classique et de ceux de la théorie translative : il est aussi inexact de dire que la transaction est le résultat d'une reconnaissance de droits préexistants que de l'assimiler à un acte translatif.

La grande erreur de la théorie classique serait, selon M. Boyer, de justifier l'effet déclaratif en supposant une reconnaissance du droit de l'une des parties par l'autre : « Il est loin d'être certain, en effet, que celui qui se voit reconnaître la propriété d'une chose à la suite d'une transaction, en fût réellement propriétaire antérieurement à cette dernière. La reconnaissance ne constitue donc pas un aveu au sens strict du terme, mais revêt plutôt le caractère d'une fiction [2]. »

Mais si la théorie classique analyse mal le contenu de la transaction, elle n'est cependant pas complètement erronée, car un point au moins est certain : la transaction n'est pas un acte

1. Boyer, *La notion de transaction* (*Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*). Thèse, Toulouse, 1947.
2. P. 265.

translatif; la théorie translative est, en effet, très critiquable et, en particulier, elle est impuissante à traduire l'intention des parties.

Aussi, est-ce cet aspect négatif de la transaction qu'il faut conserver comme une donnée certaine du droit positif à la base de toute théorie nouvelle.

L'analyse par laquelle M. Boyer justifie le caractère déclaratif de la transaction ne peut être bien saisie si l'on ne se réfère au préalable à son étude de l'objet des obligations des parties.

I. — L'objet des obligations : une renonciation au droit d'action

127. En quoi consiste le sacrifice fait par chacun des contractants, se demande M. Boyer?

Pratiquement, il est assez facile d'en définir le contenu : « Chacun renonce à soutenir intégralement la prétention qu'il avait originairement formulée et l'étendue des renonciations réciproques est déterminée de telle sorte quelles se complètent mutuellement et font disparaître tout élément litigieux. [1] »

Mais, juridiquement, l'analyse est plus malaisée : « Le contenu d'une renonciation doit nécessairement porter sur un droit. » Quel est ce droit? Ce ne peut être un droit substantiel, fût-il hypothétique, car une telle supposition serait en désaccord avec le caractère strictement relatif de la transaction : celui qui a renoncé à sa prétention vis-à-vis de son cocontractant pourra éventuellement la reprendre vis-à-vis de toute personne ayant, par rapport à la convention, la qualité de tiers.

Aussi n'est-ce pas à un droit substantiel que renoncent les parties, mais à un droit procédural. Elles renoncent « au pouvoir qui appartient normalement à chaque individu de demander au juge son intervention pour redresser une situation contraire au droit ». Et ce pouvoir n'est autre que le droit d'action [2].

Mais, ici, une précision est indispensable : dans la doctrine traditionnelle, on confond le droit d'action avec le droit substantiel dont il ne serait que le reflet ou la mise en œuvre procédurale. Cette conception est parfaitement erronée : M. Boyer va s'efforcer de démontrer que le droit d'action est autonome.

1. P. 48.
2. P. 50.

a) *L'autonomie du droit d'action.*

128. C'est à une critique extrêmement violente des axiomes classiques aux termes desquels « il n'y a pas d'action sans droit et il n'y a pas de droit sans action » que se livre tout d'abord M. Boyer. Les objections qu'il adresse à la théorie classique sont d'ailleurs presque toutes connues et M. Vizioz les a jadis formulées avec une rare maîtrise [1].

Si l'action n'est que le droit à l'état dynamique, comment peut-on expliquer que les conditions d'existence du droit d'action soient différentes des conditions d'existence du droit substantiel (intérêt, capacité, qualité); et, en particulier, n'est-il pas surprenant que le droit lui-même soit une condition d'existence de l'action?

D'autre part, il est incontestable qu'il y a des actions auxquelles ne correspond aucun droit substantiel : l'existence des jugements constitutifs en est une preuve; par ailleurs, il est bien difficile de découvrir un droit substantiel à la base de l'action publique en matière pénale ou à la base des recours administratifs.

A ces arguments connus, M. Boyer en ajoute un autre, particulièrement pénétrant : « Il suffit, enfin, pour vérifier l'inexactitude de la théorie classique, d'examiner non plus la phase exécutoire, mais la phase juridictionnelle de la procédure, c'est-à-dire la situation des parties avant le prononcé du jugement.

« Comment expliquer, en effet, l'existence du droit d'action alors que celle du droit substantiel est justement incertaine? Comment expliquer le droit d'action qu'a exercé le demandeur puisqu'aucune fin de non recevoir (tenant à un précédent jugement, à une transaction, ou à une déchéance) ne lui a été opposée, il a d'ailleurs exercé un pouvoir certain vis-à-vis de son adversaire en l'assujettissant par avance aux effets de la procédure et du jugement. D'autre part, on ne saurait nier davantage qu'il n'était pas titulaire du droit substantiel auquel il prétendait puisqu'il a été débouté [2]. »

Pour ces diverses raisons, M. Boyer pense que le droit d'action « est constitué par un pouvoir différent de celui qui résulte d'un quelconque droit substantiel ».

1. Vizioz, *Observations sur l'étude de la procédure civile, Rev. générale,* 1930, p. 81 et suiv.
2. Boyer, *op. cit.*, p. 55.

b) *La nature du droit d'action.*

129. Mais quelle est sa nature? Il est impossible de la définir comme un droit subjectif car « l'idée de droit subjectif évoque immédiatement celle d'obligation juridique à laquelle est assujetti un sujet de droit » et le sujet passif du droit d'action est malaisé à découvrir : ce ne peut être l'adversaire car « l'adversaire est le sujet passif du droit subjectif hypothétique ou certain en raison duquel on intente l'action; il n'est pas le sujet de celui-ci »; ce ne peut être non plus l'État, car « l'obligation de l'État [...] ne peut exister qu'à dater du moment où est formulée la demande en justice; antérieurement à celle-ci, il est impossible de relever une obligation processuelle non seulement à la charge de l'État, mais encore à la charge d'un quelconque sujet de droit [1] ».

Pour définir le droit d'action, il faut donc écarter l'idée de droit subjectif et faire appel à la notion de « droit potestatif », très répandue en Italie [2].

Le droit potestatif a pour caractéristique essentielle de ne pas s'opposer à une obligation à la charge d'un individu [3]. « Le sujet passif du droit potestatif, qui peut être, selon les cas, un individu, un groupe de personnes, ou la collectivité tout entière, est soumis selon la terminologie employée, non à une obligation, mais à une « sujétion », en ce sens qu'il ne peut, en aucune façon, s'opposer à l'efficacité juridique de la déclaration de volonté du titulaire du droit. »

Le droit d'action est un droit potestatif, c'est « le pouvoir d'accomplir, dans certaines conditions, tous les actes nécessaires pour obtenir de l'État l'élimination du litige ».

C'est à ce droit potestatif que renoncent les parties à la transaction.

II. — POURQUOI LA TRANSACTION EST DÉCLARATIVE

130. Grâce à cette analyse préalable de l'objet des obligations, le caractère déclaratif de la transaction apparaît de lui-même : La transaction ne transfère ou ne crée aucun droit, elle a

1. P. 56 et suiv.

2. P. 61. Cf. *Nuovo Digesto italiano*, v° *Diritti potestativi*, t. III, p. 872; Chiovenda, *Principii*, p. 40 et suiv.

3. Il appartient, si l'on utilise la terminologie allemande, à la *handlungsfähigkeit* (capacité d'exercice) par opposition à la *Rechtsfähigkeit* (capacité de jouissance) (Boyer, p. 66).

*

simplement pour effet d'éteindre le droit d'action dont chaque partie était titulaire au moment du litige et auquel elle renonce d'une manière purement abdicative [1]. Le caractère extinctif et abdicatif de la transaction était d'ailleurs souligné par Mourlon [2] qui, toutefois, confondait le droit d'action avec le droit substantiel [3].

Mais il ne suffit pas de mettre en lumière l'effet extinctif de la transaction pour pouvoir la qualifier d'acte déclaratif, car les actes purement extinctifs, comme la remise de dette, ne sont pas déclaratifs.

La transaction contient un autre élément : « En abdiquant tout ou partie de son droit d'action, chaque partie n'élimine pas seulement toute possibilité de litige, elle supprime un obstacle à l'exercice des droits de son adversaire. « De ce fait, la transaction a un effet en quelque sorte libératoire :

« C'est ce caractère libératoire de la transaction qui constitue son aspect positif et qu'on a trop souvent laissé dans l'ombre. C'est par lui qu'apparaît la différence profonde qui la sépare des autres conventions abdicatives et que se justifie la qualification spéciale qu'on lui donne dans la classification générale des contrats [4]. »

***

131. En cantonnant, en quelque sorte, le mécanisme de la transaction sur le terrain purement formaliste de la renonciation au droit d'action et de l'extinction de ce dernier, M. Boyer s'est efforcé d'échapper aux reproches qu'il a lui-même adressés à la théorie classique ou à la théorie translative : il ne suppose ni la reconnaissance d'un droit préexistant ni le transfert volontaire d'un droit quelconque.

Mais est-il réellement possible d'échapper à ce dilemme?

Nous ne concevons, pour notre part, que difficilement une renonciation au droit d'action, ou, pour employer la termino-

1. P. 332. M. Boyer s'est efforcé de montrer que, contrairement à ce que l'on soutient généralement, les renonciations conventionnelles peuvent être abdicatives (cf. p. 317 et suiv.). Nous nous bornons ici à dégager les grandes lignes de sa théorie et ne pouvons songer à en exposer tous les détails même lorsqu'ils présentent une certaine importance.

2. Mourlon, *De la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire, Rev. prat.*, 1875, t. II, p. 329, 326 et 330). Cf. ég. en ce sens Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. III, p. 136 (éd. 1824).

3. C'est d'une inspiration semblable à celle de M. Boyer que procède l'analyse de la transaction présentée récemment par M. Rodière (*Cours de droit civil* de Ch. Beudant, t. XII, p. 385, 386 et 387).

4. P. 354.

logie de M. Boyer, une abdication du droit d'action, purement abstraite. Pourquoi les parties renoncent-elles au droit d'action? Telle est la question sous-jacente dont le caractère inéluctable nous ramène au dilemme de l'analyse classique ou de l'analyse translative.

Avec M. Boyer, nous pensons que la renonciation n'est pas, dans la transaction, translative, car il y a, selon nous, une incompatibilité entre la notion de transaction (portant par définition sur des droits douteux et incertains) et l'idée de transfert.

Il faut alors admettre que la partie qui cède est déterminée dans sa renonciation par la reconnaissance implicite de la force du droit de son adversaire. C'était la conclusion même de la théorie classique, et sous réserve de certaines précisions indispensables sur la nature de cette reconnaissance, c'est l'explication que nous proposerons à notre tour dans les pages qui suivront.

CHAPITRE II

LA NATURE DÉCLARATIVE DE LA TRANSACTION

Pour essayer de déterminer d'une manière aussi rigoureuse que possible la nature juridique exacte des divers actes auxquels la tradition accorde un caractère déclaratif, nous avons tout au long de cette analyse adopté une méthode d'investigation dont nous ne nous départirons pas à propos de la transaction : chaque fois, nous nous sommes efforcés de mettre en lumière la situation antérieure à l'acte déclaratif. En ce qui concerne la transaction, il nous paraît très rationnel de préciser en premier lieu la situation juridique sur laquelle elle vient se greffer, autrement dit son objet. Cette étude préliminaire nous permettra ensuite tout naturellement de dire pourquoi la transaction est déclarative.

SECTION I

L'OBJET DE LA TRANSACTION

La situation juridique préalable à la transaction présente deux caractéristiques essentielles : objectivement, c'est une situation contentieuse; subjectivement, c'est une situation douteuse.

Nous allons nous efforcer de dégager l'importance respective de ces deux éléments généraux du contrat de transaction.

§ 1.

L'ÉLÉMENT OBJECTIF : UNE SITUATION CONTENTIEUSE

132. L'article 2044 du Code civil définit la transaction comme « le contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ».

Sous son apparente clarté, ce texte est, en réalité, singulièrement équivoque. Le dernier membre de phrase, en effet, en sug-

gérant la possibilité d'une transaction en l'absence d'une contestation actuelle, mais en prévision d'une contestation future, rend inexplicable, dans ce dernier cas, la réciprocité des sacrifices que comporte par définition toute transaction : il suffit de réfléchir un instant pour s'apercevoir que la réciprocité des sacrifices implique par la force des choses une contestation déjà née, un débat préalable et des prétentions contraires qui sont mutuellement apaisées par des concessions respectives... Le seul désir d'éviter dans l'avenir toute possibilité de contestation d'un droit ou d'une situation juridique actuellement mal établis ou équivoques ne suffit pas à engendrer une transaction véritable, si le débiteur est d'accord. Il s'agit simplement de lui enlever la possibilité de ne plus l'être dans l'avenir : mais pour cela, il suffit qu'il consente une reconnaissance pure et simple du droit de son adversaire. La transaction, au contraire, implique un élément contentieux, une contestation.

En réalité, cette nécessité logique n'est pas à proprement parler méconnue par le Code : l'apparente contradiction de la formule législative s'explique aisément par une confusion terminologique. Lorsque l'article 2044 parle de « contestation », il veut, en fait, parler de « litige » et il se fait de ce dernier une conception purement formelle et procédurale : le litige, disait-on volontiers au XIX^e siècle, c'est le procès engagé, le lien d'instance effectivement noué; aujourd'hui, on préfère dire que le litige consiste dans l'exercice effectif du droit d'action, ce qui revient à peu près au même.

Mais ces formules sont à leur tour beaucoup trop étroites, car elles ne renseignent pas sur le contenu de la contestation qui précède l'exercice du droit d'action et qui seul est susceptible d'expliquer l'objet réel de la transaction : ce n'est pas tellement pour éviter un procès que l'on transige avant toute formulation de la demande, c'est surtout pour couper court aux conséquences pratiques immédiates de la contestation.

Aussi apparaît-il nécessaire, une fois de plus, de recourir à une conception substantielle du litige, basée non pas sur sa projection procédurale, mais sur ses éléments de fond.

Il nous suffira de transposer, à propos de la transaction, la définition du litige que nous avons donnée en étudiant le jugement contentieux : il y a litige quand le prétendu sujet passif d'un droit refuse de reconnaître le droit qu'on lui oppose. Tantôt la résistance du sujet passif a pour objet l'existence même du droit, tantôt elle ne porte que sur le contenu de ce droit. Mais, de toute manière, elle a pour conséquence essentielle de

paralyser pratiquement l'exercice du droit : c'est cette inefficacité du droit qui, nous l'avons vu, rend absolument nécessaire l'intervention du juge; elle justifie de la même manière l'utilité de la transaction. Il se peut, cependant, qu'une transaction intervienne sans que le droit soit actuellement paralysé; ainsi, une contestation purement théorique sur l'existence d'une obligation à terme peut s'élever avant toute exécution; les éléments principaux du litige existent déjà (refus du débiteur de reconnaître son obligation), mais ses éléments matériels (paralysie du droit) sont simplement prévisibles. Une transaction peut toutefois intervenir pour prévenir la paralysie du droit dans l'avenir : c'est cette hypothèse que prévoit l'article 2044 lorsqu'il parle improprement d'une « contestation à naître ».

Ainsi la conception substantielle du litige permet-elle de définir complètement et sans équivoque l'objet de la transaction : la transaction a essentiellement pour objet une situation contentieuse déjà née.

Cette précision permet, en outre, de résoudre la contradiction apparente que l'on se plaît parfois à souligner entre deux conceptions très différentes de la transaction [1].

Pour certains auteurs, la transaction n'aurait pas nécessairement pour objet une *res litigiosa ;* il suffirait d'une *res dubia.* Autrement dit, il suffirait, pour que l'on soit en présence d'une transaction que les parties aient voulu éliminer, au moyen de concessions réciproques, l'incertitude dont était frappé un droit ou un rapport juridique préexistant, il importerait peu que la cause de cette incertitude se trouve dans un litige.

Au contraire, pour la plupart des autres auteurs, l'existence d'un litige serait absolument indispensable pour que l'on soit en présence d'une transaction.

En vérité, un examen quelque peu attentif révèle que ces deux points de vue ne sont nullement contradictoires.

La théorie de la *res dubia,* qui était celle des Romains et qui a été reprise en Allemagne et en Italie [2], sous réserve de certaines exagérations [3], a pour but principal de rendre compte de l'objet

1. Cf. Boyer, *op. cit.*, spéc. p. 16 à 33.

2. Cf. Gropallo, *La natura giuridica della transazione, Riv. di diritto civile,* 1931, p. 321 et suiv., spéc. nº 1; Perozzi, *Istituzioni,* t. II, p. 359; Stolfi, *Natura giuridica del negozio di accertamento, Riv. proc. civ.,* 1933, I, p. 132 et suiv. (adhésion implicite plus qu'explicite à cette conception; ainsi que Carnelutti, *Documento e negozio giuridico, Riv. proc. civ.,* 1926, p. 181 et suiv.).

3. Pour certains auteurs allemands, serait une transaction le contrat qui aurait pour cause l'incertitude d'un créancier sur la capacité de paiement de son débiteur (cf. Boyer, *op. cit.*, p. 19).

de la transaction lorsque celle-ci intervient pour « prévenir un litige à naître » : ses partisans, se référant à une conception purement formelle du litige, se sont demandés quelle pourrait être la cause d'une transaction avant tout litige, et en dehors de tout litige actuel. Le résultat de leurs investigations a fait apparaître que dans ces hypothèses la transaction avait pour objet de mettre fin par des concessions réciproques à une situation incertaine.

Mais cette conclusion rejoint parfaitement nos remarques précédentes : l'existence de concessions réciproques implique nécessairement un débat et une contestation préalables; c'est de cette contestation, du litige, que naît l'incertitude, tout droit contesté étant immédiatement un droit incertain.

La conception de la *res dubia* n'est donc pas entièrement erronée.

Il suffit, d'ailleurs, pour s'en convaincre définitivement, de constater que la théorie, soi-disant opposée de la *res litigiosa*, n'est pas exclusive de toute référence à la précédente : si l'on adopte, comme la plupart des auteurs, la conception formelle et étroite du litige, il est impossible de dire que la transaction a toujours pour objet une *res litigiosa*, sous peine de ne tenir aucun compte de l'article 2044 qui admet la possibilité d'une transaction sur un litige à naître, sur une *res litigiosa* future.

Il n'y a donc au fond qu'une querelle de mots et toutes les oppositions apparentes se dissipent si l'on adopte une conception plus large et moins formelle du litige : la transaction a pour objet une situation contentieuse.

Ainsi, l'objet essentiel de la transaction rejoint-il celui du jugement avec lequel il se confond étroitement. Mais ici une précision est indispensable : pour qu'une transaction puisse rationnellement et juridiquement se concevoir à la place d'un jugement, il ne suffit pas que le droit soit rendu inefficace par un litige, sans cela rien — si ce n'est une différence purement formelle et organique — ne distinguerait la transaction du jugement. La situation contentieuse ordinaire doit présenter une caractéristique supplémentaire; il faut que *dans l'esprit des parties qui transigent*, le droit litigieux soit aussi douteux. C'est, nous allons le voir cet élément subjectif qui donne à la transaction son autonomie complète et, sous cet angle particulier, la théorie de la *res dubia* prend une valeur propre.

§ 2.

L'ÉLÉMENT SUBJECTIF : UNE SITUATION DOUTEUSE

133. Les mêmes auteurs qui combattent la théorie de la *res dubia* dans la mesure où celle-ci laisse apparemment entendre que le caractère litigieux du droit n'est pas une condition nécessaire du contrat de transaction, la critiquent à nouveau dans la mesure où certains de ses partisans, repentants et convaincus de la nécessité d'un droit litigieux, prétendent cependant que ce droit litigieux doit être aussi obligatoirement douteux.

C'est ainsi que, pour M. Boyer, la présence d'un *res litigiosa* suffit à rendre possible la transaction : « L'élimination d'un doute, l'élimination d'un litige, les deux idées, écrit-il, pour être voisines et pour se recouper souvent n'en sont pas moins indépendantes; la volonté d'éliminer un litige apparaît comme l' « élément catégorique » de la transaction; la volonté d'éliminer un doute, comme celle d'épargner les lenteurs d'un procès sont susceptibles d'expliquer cette dernière, mais ne lui sont pas inhérentes; ce sont des « éléments casuels » [1].

Mais cette conception, qui est avant tout déterminée par l'effet « extinctif » du droit d'action que M. Boyer attribue à la transaction, nous paraît extrêmement contestable. Il n'est, d'ailleurs, pour s'en convaincre, que d'examiner un instant les arguments invoqués pour la justifier.

« Si l'on s'attache à l'étude du comportement psychologique des parties, écrit M. Boyer, on découvre que ce n'est pas toujours par crainte d'un aléa qu'elles acceptent de transiger. » « On peut comprendre en effet très bien, note fort justement Colmet de Santerre, que l'affaire la plus claire, la plus certaine aux yeux des juges éclairés, n'en inspire pas moins quelques craintes à la partie que les juges feraient triompher. Elle redoutera, par exemple, le temps qui pourra se perdre en procès, elle songera aux frais qu'elle aura à payer..., aux soucis d'un procès, au temps perdu, quelquefois elle craindra que la publicité de certains faits ne nuise à son crédit, à sa réputation même. Voilà ce qui fera que, très souvent, en présence du droit le plus certain, une partie aura intérêt à s'entendre avec l'adversaire [2].

1. Boyer, *op. cit.*, p. 40.
2. Boyer, *op. cit.*, p. 37.

« Ainsi, poursuit plus loin le même auteur, l'on ne saurait dire que le désir d'éviter un aléa est toujours à la base de la transaction. Les travaux préparatoires du Code montrent d'ailleurs que ce fait n'était pas resté totalement inaperçu du législateur. C'est ainsi que le tribun Albisson déclare que les parties peuvent se déterminer « par lassitude ou par générosité » et que Bigot de Préammeneu lui-même convient que l'un des contractants peut être poussé « par le grand intérêt de rétablir l'union et de se garantir des longueurs des frais et des inquiétudes d'un procès [1] ».

Ni l'argument emprunté à Colmet de Santerre, ni celui d'Albisson ne sont probants : lorsque Colmet de Santerre prétend que la transaction peut être provoquée par le désir de gagner du temps, ou d'éviter des frais..., etc., il analyse un réflexe psychologique qui est extrêmement probable chez le bénéficiaire de la transaction, chez celui dont le droit est reconnu sous réserve de certains sacrifices de sa part; mais un tel comportement psychologique est inconcevable chez celui qui renonce au contraire à ses prétentions. Il est bien évident, en effet, que si ce dernier n'a aucun doute sur l'issue favorable de sa prétention devant le juge, il ne transigera pas. A moins, comme le dit Albisson, qu'il ne se détermine à transiger par générosité. Mais, dans ce cas, il n'y aura pas transaction, mais donation véritable : « Si l'on abandonne un droit indiscutable, écrit Guillouard, ce n'est plus une transaction, mais une donation [2]. »

Ceci nous paraît une vérité de pur bon sens. Au surplus, si l'on devait admettre qu'une transaction soit possible en dehors de tout doute sur le droit litigieux, on se heurterait à l'objection d'immoralité faite jadis par Mourlon à la théorie déclarative : la contre-partie versée par le bénéficiaire de la transaction ne pourrait se justifier que grâce à une espèce de chantage organisé par le renonçant.

134. Aussi faut-il décider que non seulement le droit doit être litigieux, mais encore qu'il doit être douteux. Presque tous

1. Boyer, *op. cit.*, p. 38. M. Boyer ajoute l'argument de texte suivant : « C'est ainsi, écrit-il, que l'article 2054 permet la transaction sur l'exécution d'un titre nul lorsque les parties ont expressément traité sur la nullité; en pareil cas, remarque M. Froimesco, « il n'y a aucune incertitude puisque les contractants ont connu la nullité en traitant expressément sur elle » (*op. cit.*, p. 35). Cet argument ne prouve nullement ce que l'on cherche à démontrer : la nullité du titre sur laquelle ont traité les parties était elle-même incertaine, et la transaction sur l'exécution du titre est inséparable chronologiquement de celle qui a lieu sur sa validité.

2. *Op. cit.*, n° 11.

les auteurs sont d'ailleurs d'accord sur ce point [1]. Mais les avis diffèrent très profondément lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la nature du doute qui doit frapper le droit : doute objectif ou doute subjectif?

« La seule question que les juges aient ici à résoudre, enseignait Paul Pont, est celle de savoir si la crainte est raisonnable et sincère [2]. » Dans le même ordre d'idées, le seul critère de la validité de la transaction serait pour Troplong, « la crainte prudente de l'homme qui juge de sang-froid et qui sait apprécier ce qu'il y a de fort et de faible dans une prétention [3] ».

Aussi, pour ces auteurs et pour quelques autres [4], il suffirait que le droit invoqué par les parties soit objectivement douteux.

Cette conception nous paraît beaucoup trop large et surtout elle se heurte à une objection assez grave : prise à la lettre, en effet, elle devrait avoir pour conséquence de permettre l'annulation d'une transaction pour erreur de droit, résultat que le Code a délibérément écarté dans l'article 2052. Si l'une des parties se décide à transiger parce qu'elle ignore un texte qui assurait, d'une manière incontestable le succès de sa prétention, elle pourra, dans la conception que nous critiquons, faire annuler la transaction en soutenant qu'il n'y avait aucun doute objectif.

Or, c'est ce que le Code a voulu éviter... Aussi nous paraît-il indispensable d'admettre la nécessité d'un doute subjectif : « Le juge... ne devra pas se demander si le droit est douteux pour lui, pour un jurisconsulte, pour tout le monde, mais s'il l'était pour les parties au moment où elles ont transigé [5]. »

Certes, ce doute n'est pas nécessairement inhérent au bénéficiaire de la transaction. Celui-ci transige, non pas parce que, moralement, il doute de la valeur de sa prétention, mais parce que, juridiquement, il doute de l'accueil qui serait réservé à sa prétention devant un tribunal. La transaction à laquelle il se résigne est, en quelque sorte, le résultat d'un complexe d'infériorité et d'une prévision juridictionnelle : c'est parce qu'il évalue les chances de succès de son adversaire plus fortement que les siennes qu'il transige; il s'incline par avance devant une sentence à ses yeux très probablement défavorable.

Ainsi, le doute subjectif apparaît comme le critère substan-

1. Aubry et Rau, § 418, p. 191; Troplong, p. 553; Guillouard, nº 60; P. Pont, nº 471.
2. Nº 570, p. 283.
3. Nº 6, p. 555.
4. Aubry et Rau, *op. cit* et *loc. cit.*; Mourlon, t. III, p. 420.
5. Baudry-Lacantinerie et Wahl, nº 1202, p. 635.

tiel de la distinction de la transaction et du jugement : tandis que le jugement implique à bien des égards chez les parties qui le provoquent ou le subissent un certain complexe de supériorité ou une certaine confiance dans l'issue du procès, la transaction, au contraire, implique nécessairement chez la partie qui s'incline devant les prétentions de son adversaire un *complexe d'infériorité*.

***

Connaissant les deux caractéristiques essentielles de l'objet de la transaction, nous sommes maintenant en mesure de décrire sa fonction juridique et son mécanisme. C'est ce que nous allons faire dans la section suivante consacrée à l'effet déclaratif de la transaction.

SECTION II

L'EFFET DÉCLARATIF DE LA TRANSACTION

135. « La transaction, écrit très justement M. Carnelutti, est la solution contractuelle du litige et donc l'équivalent contractuel d'un jugement[1]. »

Comme le jugement, la transaction va mettre fin à une situation contentieuse, c'est-à-dire qu'*elle va permettre à un droit préexistant de produire ses effets en lui restituant son efficacité*. Mais les moyens employés pour parvenir à ce résultat seront très différents des moyens de droit commun : la solution sera donnée par les parties elles-mêmes ; de telle sorte que les résultats habituels de la technique juridictionnelle seront ici transposés dans la technique contractuelle.

Un résultat juridictionnel obtenu par un processus conventionnel, telle est la caractéristique essentielle de la transaction. Nous allons voir que l'effet déclaratif qui, logiquement, découle de l'identité de la fonction transactionnelle avec la fonction juridictionnelle n'est nullement contredit par le mécanisme conventionnel de l'acte.

1. Carnelutti, *Lezioni*, t. I, p. 135 ; cf. ég. P. Pont, *op. cit.*, p. 318.
M. Vizioz a également suggéré très clairement le rapprochement fonctionnel de la transaction et du jugement (Préface au *Précis de procédure civile* de M. Bruillard, p. VII).

§ 1.

LE RÉSULTAT JURIDICTIONNEL

136. Comme le juge en présence de deux prétentions différentes, les parties vont s'efforcer de déterminer laquelle des deux est la plus fondée. Mais, tandis que le juge, arbitre impartial et juriste professionnel fait une détermination objective, les parties vont faire une détermination subjective.

Le juge, en effet, fait une constatation scientifique : il applique la loi et aucune autre considération, si ce n'est parfois celle de l'équité, ne vient influencer sa décision. Au contraire, les parties à la transaction essaient de prévoir, à l'aide des éléments scientifiques et objectifs, qu'elles sont en mesure d'utiliser, quelle serait, en cas de procès, la solution donnée par le juge; de telle sorte que la détermination qu'elles opèrent de la valeur juridique de leurs prétentions respectives est la *projection sur le plan psychologique d'une sorte d'ombre portée de la sentence éventuelle.* Le juge n'établit jamais le droit certainement préexistant; toute vérité juridique, comme d'ailleurs toute vérité humaine n'est qu'approximative : il se borne, en comparant deux prétentions, à établir le droit le plus probable. Dans la transaction, les parties ne font pas autre chose, mais la probabilité qu'elles mettent en lumière est davantage une *probabilité juridictionnelle* qu'une probabilité scientifique ou naturelle.

Voilà pourquoi il n'est pas exagéré de soutenir que la transaction comme le jugement a pour résultat d'établir un droit préexistant. Les critiques adressées à ce point de vue classique sont en parties motivées par l'imprécision de la théorie classique elle-même. « La transaction, dit-on généralement, n'a pas pour but de conférer aux parties des droits nouveaux, mais seulement de « reconnaître » ceux qu'elles ont ou prétendent avoir et de les consolider, en les mettant à l'abri d'une contestation[1]. » Ce point de vue est parfaitement exact; la transaction est l'acte juridique qui a pour but de restituer l'efficacité à un droit qui était paralysé par un litige; mais il est indispensable de préciser que c'est à l'aide d'une *reconnaissance abstraite* que cette restitution de l'efficacité est réalisée.

137. Lorsqu'un droit ou une situation juridique sont eux-mêmes incertains et contestables, le meilleur moyen d'écarter

1. Planiol, Ripert et Boulanger, t. II, n° 3227.

à l'avenir toute discussion sur leur existence ou leur contenu, est de rendre cette existence ou ce contenu abstrait : on réalise ainsi une transformation du concret équivoque et instable en un abstrait incontestable.

Ce résultat est obtenu par divers procédés qui, tous, impliquent une reconnaissance abstraite. Mais les formes de cette reconnaissance sont multiples.

Tantôt elle vient se couler dans le moule d'un acte unilatéral, lorsque le débiteur n'a absolument aucun doute sur la réalité de l'obligation à laquelle on prétend qu'il est soumis.

Tantôt c'est au juge que le créancier, sûr de son droit, demande de se substituer au débiteur récalcitrant dans cette reconnaissance.

Tantôt la reconnaissance s'enchasse dans un acte conventionnel, la transaction, lorsque son auteur doute à la fois et à des degrés divers, de la valeur juridique de sa prétention et de celle de son adversaire.

Mais, dans tous ces cas, la reconnaissance produit les mêmes effets : elle rend le droit reconnu en quelque sorte indépendant de sa cause [1]. Il ne pourra plus être contesté. Son existence ou son contenu jadis incertains, sont désormais dotés d'une présomption irréfragable de certitude. Ce résultat est revêtu dans le jugement et dans la transaction d'une garantie formelle : l'autorité de la chose jugée. Mais, au fond des choses, cette dernière aurait à peine besoin d'être stipulée. Elle se retrouve, indirectement, dans l'acte récognitif ordinaire, dans la mesure où ce dernier lie son auteur devant un tribunal [2].

Ainsi, les objections que l'on a pu adresser à l'assimilation de la transaction à une reconnaissance sont-elles facilement écartées si l'on prend soin de distinguer comme nous l'avons fait dans le premier chapitre de cette thèse la reconnaissance causée de la reconnaissance abstraite et si l'on ne néglige pas de préciser la différence qui sépare la reconnaissance unilatérale fondée sur

1. Cf. Carnelutti, *Documento e negoziogiuri dico*, *Rev. dir. proc. civ.*, 1926, spéc. p. 187.

2. Ceci explique que l'on ait pu comparer la promesse unilatérale abstraite à une sorte de transaction. Voir les remarques très fines de Gaudemet (*Théorie générale des obligations*, p. 136) : « La promesse abstraite moderne apparaît comme une sorte de transaction. Dans la transaction, deux personnes qui ont des prétentions juridiques opposées conviennent de les abandonner réciproquement, moyennant certains engagements nouveaux. Dans la promesse abstraite, elles préviennent la naissance de ces oppositions relatives à la cause en fixant à forfait et définitivement l'engagement du débiteur ». Ceci explique encore que l'on ait pu se poser la question de savoir si le serment est une transaction (cf. Lessona, *Le serment est-il une transaction? Rev. trim.*, 1904, p. 747).

la certitude absolue de son auteur, de la reconnaissance transactionnelle fondée sur la simple certitude relative de la probabilité juridictionnelle du droit adverse.

La transaction est déclarative, au même titre qu'un acte récognitif ordinaire, et qu'un jugement. Elle permet à un droit probablement préexistant de s'exercer en lui apportant deux éléments nouveaux, la certitude et une énergie plus complète. Comme l'acte récognitif et comme le jugement, elle comporte un effet négatif sur le transfert du droit, et un effet positif, en vérité considérable sur l'efficacité de ce droit, mais nullement incompatible avec le caractère déclaratif; c'est cet effet positif qui justifie son utilité et le contenu substantiel de la notion d'effet déclaratif.

Une objection cependant demeure : la transaction se réalise au moyen de sacrifices réciproques; c'est un acte conventionnel. Ces sacrifices réciproques ne contredisent-ils pas l'effet déclaratif que l'on vient d'attribuer à la transaction?

§ 2.

LE PROCESSUS CONVENTIONNEL

138. Mourlon, nous l'avons vu, prétendait que la théorie déclarative était absolument impuissante à justifier la réciprocité des sacrifices : la partie qui renonce obtiendrait, dit-il, une compensation par une sorte de chantage qui consiste à dire : « Je reconnais que vous êtes réellement propriétaire, mais à la condition que vous achetiez ma reconnaissance. »

En vérité, son objection est inopérante, précisément parce que l'auteur de la reconnaissance n'est pas entièrement persuadé de l'existence réelle du droit de son adversaire : il se résout à transiger uniquement parce qu'il a le sentiment que les chances de gain de son adversaire, devant un tribunal sont supérieures aux siennes. Il est persuadé que son adversaire a 80 ou 90 % de chances de gagner, mais il reste pour lui une possibilité, minime sans doute à ses yeux, réelle cependant, d'obtenir gain de cause. Il peut se tromper dans ses appréciations subjectives, dans sa prévision juridictionnelle.

Aussi les avantages qu'il obtient en contre-partie de sa reconnaissance sont-ils tout simplement la compensation de l'erreur de droit qu'il a pu commettre et qu'il ne pourra pas invoquer,

précisément parce que l'autorité de chose jugée attribuée à la transaction a pour but de la purger définitivement.

C'est la seule explication satisfaisante à notre avis : en aucun cas, la contre-partie reçue ne peut apparaître comme le prix d'une aliénation quelconque car, par hypothèse, cette contre-partie doit être disproportionnée avec la valeur réelle de l'objet sur lequel on a transigé.

Si, maintenant, on se préoccupe de savoir ce que représente le sacrifice consenti par le bénéficiaire de la transaction, on peut découvrir là encore une explication naturelle : le bénéficiaire de la transaction consent un certain sacrifice pour des raisons diverses, il veut gagner du temps, ou il veut éviter les ennuis d'un procès; peut-être même désire-t-il en éviter les aléas : il est fort possible, en effet, qu'il se produise dans l'esprit des deux parties un raisonnement identique. Si la victime d'un délit ou d'un quasi-délit sont en discussion au sujet du montant de l'indemnité, l'une fixant un chiffre que l'autre estime trop élevé, elles peuvent se mettre d'accord sur un chiffre intermédiaire qui, dans l'esprit de l'une comme dans celui de l'autre, a toutes les chances de correspondre au chiffre qui serait déterminé par un jugement.

Il n'y a donc aucune incompatibilité entre le caractère conventionnel de la transaction et son effet déclaratif.

***

Le caractère déclaratif de la transaction a d'importantes conséquences pratiques qui, nous l'avons vu, ont fait l'objet de vives critiques de la part de nombreux auteurs.

Nous allons essayer de montrer comment, la plupart de ces critiques peuvent être aisément contredites.

CHAPITRE III

LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA TRANSACTION

139. Les problèmes pratiques posés par le régime juridique de la transaction, pour être moins spectaculaires que ceux dont les jugements fournissent l'exemple, n'en sont pas moins importants. Dire et démontrer, comme nous avons essayé de le faire, que la transaction est un acte déclaratif par nature, c'est en même temps, trancher quelques-unes de ces difficultés. Mais cela ne suffit pas à apaiser toutes les controverses : déclarative, la transaction est-elle susceptible d'être résolue pour inexécution, est-elle opposable aux tiers, est-elle rétroactive? Autant de questions dont la solution demeure incertaine.

Fidèles à la méthode que nous avons utilisée depuis le début de nos recherches particulières sur chaque acte déclaratif, nous essaierons d'envisager séparément les conséquences pratiques propres à l'effet déclaratif de la transaction et, dans la mesure où elles existent, les conséquences propres à son effet rétroactif.

SECTION I

LES CONSÉQUENCES DE L'EFFET DÉCLARATIF DE LA TRANSACTION

L'effet déclaratif de la transaction, tel que nous l'avons défini est la résultante de deux composantes essentielles : la transaction a un effet négatif sur le transfert du droit sur lequel elle porte; elle a un effet positif sur l'efficacité de ce droit.

Chacun de ces deux caractères contribue pour sa part à expliquer ou à imposer certains aspects du régime juridique de la transaction. Aussi, est-il nécessaire d'envisager séparément leurs conséquences respectives.

§ 1.

LES CONSÉQUENCES DE L'ABSENCE D'EFFET TRANSLATIF DE LA TRANSACTION

Dans la mesure où la transaction ne comporte aucune cession de droits, elle est soustraite au régime juridique de l'acte translatif. Nous allons voir que les critiques traditionnellement adressées à ces conséquences inéluctables de la théorie déclarative sont très exagérées et qu'au point de vue du respect des divers intérêts en présence, ce système ne présente aucune injustice.

140. Une des conséquences inéluctables de l'absence d'effet translatif de la transaction consiste dans l'impossibilité où se trouve celui qui en a bénéficié de l'invoquer comme juste titre pour prescrire de dix à vingt ans. Le juste titre est, en effet, « un titre qui, considéré en lui-même et, abstraction faite du point de savoir s'il émane du véritable propriétaire ou d'une personne capable d'aliéner, avait pour but de transférer la propriété ou le droit réel qu'il s'agit de prescrire [1] ».

Nous avons signalé comment certains auteurs et, en particulier, M. Chevallier, ont vivement critiqué cette conséquence qu'ils jugent d'ailleurs inhérente au système déclaratif. Mais, ces critiques sont inopérantes car la transaction n'étant translative ni par sa technique, ni par l'intention des parties, il n'y a aucune injustice à la traiter de la même manière qu'un jugement déclaratif, puisqu'elle en est l'équivalent conventionnel.

Au surplus, certaines objections formulées par M. Chevallier, qui ont une valeur plus positive, peuvent être aisément satisfaites même à l'intérieur du système déclaratif : M. Chevallier, on s'en souvient, déplore vivement que celui qui détient l'immeuble en vertu de la transaction ne puisse pas invoquer contre un tiers la jonction des possessions et additionner au temps qu'a duré sa propre possession, celui pendant lequel son cocontractant a lui-même possédé. Ce résultat est traditionnellement présenté comme une conséquence de l'absence d'effet translatif de la transaction, en vertu du principe selon lequel la jonction des possessions nécessite entre les deux possesseurs successifs un lien d'ayant cause à auteur.

1. Planiol, Ripert et Picard, *Traité pratique*, t. III, Les biens, n° 701.

*

C'est à M. Boyer que revient le mérite d'avoir fait justice de cette objection dans son récent ouvrage sur la transaction [1]. En s'appuyant sur l'autorité d'Aubry et Rau [2] et de MM. Ripert et Boulanger [3], M. Boyer fait très justement remarquer que l'article 2235 du Code civil n'exige nullement que le second possesseur soit l'ayant cause de l'ancien : « La notion de successeur particulier, écrivent MM. Ripert et Boulanger, doit être entendue ici dans un sens spécial. Comme il s'agit du simple fait de la possession, il suffit que la nouvelle possession apparaisse comme la continuation de la précédente. » Aussi, la jonction des possessions est-elle possible malgré le caractère déclaratif de la transaction.

Cette solution, au surplus, nous paraît même être imposée par l'effet déclaratif de la transaction : la possession est sans doute une situation de fait et la prescription acquisitive à laquelle elle conduit est sans doute indépendante, par définition, de la préexistence d'un droit de propriété. Mais il est logique que la possession profite aussi à celui qui est propriétaire plutôt qu'à celui qui ne l'est pas. Dès lors, lorsqu'un possesseur est reconnu ne pas être propriétaire, n'est-il pas juste et normal que le véritable propriétaire profite de sa possession? On peut considérer que le possesseur a possédé, — non pas pour lui, puisque la révélation du véritable propriétaire est venue détruire tous les avantages de la possession réalisée, — mais pour le propriétaire véritable.

141. Les objections traditionnellement adressées à une autre conséquence de l'absence d'effet translatif de la transaction peuvent aussi être aisément écartées : celui qui a transigé, dit-on généralement, ne peut pas se servir contre les tiers des titres de son contractant.

Ce résultat, prétendent certains auteurs, est contraire à l'intention des parties et peut conduire, en pratique, à des difficultés insolubles, à un cercle vicieux.

Bien que nous ayons déjà exposé les données de ce cercle vicieux, nous jugeons utile de les reproduire ici, pour plus de clarté et pour mieux faire saisir la manière dont il peut être brisé :

— *Primus* et *Secundus* transigent sur la propriété d'un immeuble : *Secundus* est reconnu propriétaire.

1. Boyer, *op. cit.*, p. 352.
2. Aubry et Rau, t. II, § 181.
3. Ripert et Boulanger, t. I, n° 3180.

— *Tertius* revendique contre *Secundus* et triomphe.

— *Primus* revendique à son tour contre *Tertius* et triomphe.

— *Secundus* se retourne contre *Primus* et, invoquant la transaction primitive, reprend l'immeuble.

— *Tertius*, invoquant le jugement, se retourne contre *Secundus* et reprend l'immeuble.

— Mais *Primus*, invoquant le jugement, se retourne contre *Tertius* et reprend l'immeuble... Mais *Secundus*, etc...

Ce problème qui, en fait, n'est qu'une hypothèse d'école et qui ne s'est jamais posé — sans doute parce que ses données mêmes font apparaître que les titres de *Primus* étant plus forts que ceux de *Secundus*, *Primus*, logiquement, n'a aucune raison de transiger — n'est pas, malgré sa difficulté, insoluble.

Plaçons-nous, en effet, au moment où *Tertius* vient de triompher de *Secundus* et se trouve attaqué par *Primus*. Mourlon, en imaginant le conflit, le supposait possible en vertu de la règle de la relativité de la transaction : *Primus* peut soutenir vis-à-vis de *Tertius* qu'il n'est lié par sa reconnaissance antérieure du droit de *Secundus* qu'envers ce dernier et non envers quiconque.

On peut, en vérité, se demander si la relativité de la transaction impose un tel résultat et s'il ne convient pas d'invoquer ici les théories modernes qui cantonnent la règle de la relativité à l'effet obligatoire de la convention, tandis que celle-ci, en tant que fait social, est opposable à quiconque [1].

Dans ces conditions, il suffirait à *Tertius* d'opposer lui-même à *Primus* la transaction par laquelle il a reconnu le droit de *Secundus*. Le cercle vicieux serait ainsi tout naturellement brisé [2].

142. Nous pensons personnellement que cette solution ne saurait faire aucun doute, car les raisons de dissocier les concepts d'opposabilité et d'effet obligatoire se font plus pressantes encore à propos de la transaction et des actes déclaratifs en général qu'à propos de n'importe quel acte juridique.

Dans la mesure où la transaction a pour fonction de déterminer les droits des parties qui la concluent, elle doit être opposable aux tiers et doit pouvoir être invoquée par eux. C'est ainsi, en particulier, qu'il faut admettre que l'immeuble attribué par transaction à un époux commun en biens dont le titre de pro-

1. Cf. Weill, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*. Thèse, Strasbourg, 1938, p. 172 et suiv.; Calestreng. Thèse, Toulouse, 1939.
2. Cf. Boyer, *op. cit.*, p. 285, note 3.

priété est antérieur à la célébration du mariage, reste propre [1]; la transaction est opposable au conjoint. De même, il faut admettre qu'elle est opposable aux créanciers des parties, sauf à leur permettre de prouver son caractère frauduleux.

143. De l'absence d'effet translatif de la transaction, il faut encore déduire une autre conséquence : la transaction en principe n'entraîne pas novation des obligations qu'elle reconnaît [2].

Il est, en effet, difficilement contestable que la transaction envisagée dans sa structure la plus simple se réduit à une simple reconnaissance et à une acceptation de cette reconnaissance exclusives l'une et l'autre de cet *animus novandi* exigé par l'article 1273 du Code civil pour qu'il y ait novation.

Sans doute la reconnaissance est-elle abstraite; mais abstraction et novation ne sont pas forcément synonymes [3], l'abstraction ici signifie que la cause de l'obligation antérieure ne pourra plus à l'avenir être contestée; cela ne veut pas dire qu'elle est transformée.

Aussi, les sûretés qui garantissaient la dette sont-elles maintenues.

Est-ce à dire cependant que toute novation soit impossible dans une transaction? Nullement, les deux opérations peuvent coexister : la reconnaissance et la détermination d'une obligation préexistante peuvent être suivies d'une opération distincte et complémentaire de novation. Celle-ci résulte de l'intention formellement exprimée par les parties.

Dépourvue d'effet translatif, la transaction, nous l'avons vu, n'est cependant pas sans effet sur la situation antérieure. Elle permet à un droit préexistant de s'exercer en lui apportant l'efficacité qui lui manquait. Cet effet positif très important explique à son tour certains aspects particuliers du régime juridique de la transaction [4].

1. Cf. Baudry-Lacantinerie et Wahl, nº 1307; Guillouard, nº 118; Colmet de Santerre, t. VIII, nº 281; Planiol, Ripert et Savatier, nº 1590.

2. Planiol, Ripert et Savatier, nº 1590.

3. Cf. Carnelutti, *Documento e negozio giuridico*, article précité, p. 185 et suiv.

4. Il existe une autre conséquence de l'absence d'effet translatif de la transaction : elle ne donne pas prise au retrait litigieux. Ceci paraît évident, puisque le retrait ne se conçoit que contre une aliénation. Cependant, M. Chevallier cite un arrêt de la Cour de cassation du 22 juillet 1851 (D. 1851.I.265) qui aurait admis la recevabilité du retrait litigieux contre une transaction. Mais un examen attentif de l'arrêt révèle qu'il ne s'agissait pas en réalité d'une transaction, mais d'une véritable cession de droits litigieux (cf. Boyer, p. 347).

§ 2.

CONSÉQUENCES DE L'EFFET POSITIF DE LA TRANSACTION SUR L'EFFICACITÉ DU DROIT PRÉEXISTANT

144. La transaction transforme dans une certaine mesure la situation antérieure : en particulier, elle substitue une situation certaine à une situation incertaine; elle détermine le véritable titulaire d'un droit préexistant ou le contenu exact de ce droit. Il est donc tout à fait logique que, lorsqu'elle porte sur un droit réel, la transaction soit soumise à la transcription : l'utilité de cette dernière est particulièrement évidente lorsque la transaction a eu pour conséquence de déplacer la possession; les tiers ont intérêt à être avertis de ce changement apparent de l'état de droit.

C'est la raison pour laquelle le décret-loi de 1935 a imposé la transcription des actes déclaratifs de droits réels qui, jusque-là, étaient dispensés de toute publicité sous le prétexte fallacieux qu'ils étaient dépourvus d'effet translatif. De tels motifs sont inopérants si l'on envisage la transcription, non pas comme une simple mesure de police destinée à régler les conflits de droits dans le temps, mais comme une mesure d'information générale de l'état de la propriété immobilière [1].

145. C'est également parce que la transaction consiste dans une appréciation subjective des droits respectifs des parties que le Code a prescrit pour sa conclusion des conditions de capacité spéciales : « Pour transiger, stipule l'article 2045, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. »

La gravité de la transaction et de ses conséquences, explique, en outre, fort bien que lorsqu'elle est faite, non pas par l'intéressé lui-même, mais en son nom par un tiers, sa validité soit subordonnée à une homologation. Ainsi en est-il des transactions conclues par le tuteur pour le compte du mineur et par le syndic de la faillite pour le compte de la masse et du failli lui-même [2]. Dans ces cas spéciaux, on assiste à un renforcement de la force

1. Cf. Durand, *Le régime de la transcription dans le décret-loi du 30 octobre* *Rev. crit.*, 1936, spéc. nos 9 et suiv. et no 12.

Les effets civils de la transcription sont très limités. Nous les envisagerons spécialement à propos de l'effet rétroactif de la transaction.

Cf. Planiol, Ripert et Savatier, t. XI, nos 1572 et 1574.

déclarative qui est normalement attachée à la transaction : la prévision de la solution juridictionnelle n'est pas faite seulement par l'intéressé ou par son représentant, mais par l'organe juridictionnel lui-même qui, en appréciant l'opportunité de la transaction, prévoit implicitement la solution qu'il aurait donnée s'il avait dû statuer au contentieux.

146. L'aspect positif du contenu de l'effet déclaratif de la transaction permet, en outre, d'expliquer clairement la déformation subie dans ce contrat par la théorie générale des vices du consentement.

Tandis que cette dernière se retrouve dans la transaction avec ses aspects familiers — dol, violence, erreur sur la personne ou sur l'objet, — elle est cependant profondément modifiée sur un point : la transaction, dit l'article 2052, deuxième alinéa, ne peut être attaquée et annulée pour erreur de droit.

La doctrine, tout en ne discutant pas l'opportunité de cette disposition spéciale, paraît toutefois très embarrassée pour la justifier solidement sur le terrain des principes. Les diverses explications proposées se dérobent toutes et ne résistent pas à un examen sérieux [1]. Certains auteurs ont cru pouvoir affirmer que le législateur a « pensé que l'attention des parties ayant dû, dans un pareil contrat, être particulièrement appelée sur le côté juridique de l'affaire..., les parties l'ont étudié ou fait examiner par des conseils et l'erreur fondée sur la surprise est presque improbable [2] ». Mais, s'il en était ainsi, cette présomption serait absolument injustifiée et il faudrait permettre aux parties de démontrer que, précisément elles ont été mal ou pas du tout renseignées. Aussi, d'autres auteurs préfèrent-ils soutenir que la disposition de l'article 2052 s'explique par la nécessité d'empêcher toute controverse de renaître : « Ce serait se méprendre complètement sur le but des transactions, écrit M. Froimesco, ou aller à son encontre, que de laisser la porte ouverte à la possibilité d'attaquer la transaction pour cause d'erreur de droit, cette erreur si difficile à prouver qui soulèverait des questions plus délicates, devant les tribunaux que le procès même qu'on s'est proposé d'éteindre; l'allégation d'une erreur de droit et surtout sa preuve, susciteraient de nouvelles controverses, remettraient en discussion toute la question litigieuse, ce qui

1. Cf. Froimesco, *De l'erreur dans la transaction.* Thèse, Paris, 1923, p. 20 et suiv.

2. Colmet de Santerre, t. VIII, n° 286 *bis ;* P. Pont, II, n° 681; Guillouard, n° 134; Baudry-Lacantinerie, n° 1257.

est justement contraire au but de la transaction, qui se propose de finir tant bien que mal un différend entre les parties [1]. »

Mais cette explication se heurte à une objection péremptoire : si tel était le fondement de l'article 2052, cette disposition aurait été étendue à tous les vices du consentement qui constituent, au même titre que l'erreur de droit, des causes de prolongement de la controverse.

En réalité, la prohibition de l'annulation de la transaction pour erreur de droit se justifie par la nature déclarative de cet acte, telle que nous l'avons définie : la transaction substitue une situation certaine à une situation incertaine et ce passage de l'incertain au certain s'opère au moyen d'une reconnaissance abstraite : à un rapport de droit concret et contestable juridiquement, on substitue un rapport de droit abstrait, c'est-à-dire juridiquement incontestable. Cette transition du concret à l'abstrait qui, dans la transaction et dans le jugement prend le nom d'autorité de la chose jugée, mais qui se retrouve aussi dans la simple reconnaissance [2], a précisément pour but de purger l'erreur de droit qui, en elle-même, est à la base du litige [3]. Nous avons vu, d'autre part, comment la contre-partie reçue par l'auteur de la reconnaissance transactionnelle représente la compensation des chances qu'il avait de commettre une erreur de droit dans sa prévision juridictionnelle [4].

147. L'analyse que nous avons proposée de l'effet déclaratif de la transaction permet aisément d'expliquer qu'elle soit susceptible d'être résolue pour inexécution [5].

1. Froimesco, *op. cit.*, p. 23.

2. L'article 1356, alinéa 4, du Code civil, nous l'avons souligné au début de cette thèse, interdit d'annuler un aveu pour erreur de droit.

3. Voir Rodière, *op. cit.*, p. 410.

4. Ceci dit, il s'agirait de s'entendre sur la notion même d'erreur de droit et sur la portée qu'il convient de lui attribuer en pratique. L'ampleur des problèmes que notre travail nous fait rencontrer, nous contraint à limiter nos recherches à ce qui est essentiel à notre sujet. Nous ne saurions donc ici entreprendre l'analyse du régime juridique de l'erreur de droit dans la transaction.

Ajoutons que c'est pour des raisons analogues à celles que nous avons exposées au texte en ce qui concerne l'erreur de droit que l'article 2052 spécifie que la transaction n'est pas rescindable pour lésion : alors qu'en droit commun la prohibition de la rescision pour lésion a un fondement plus ou moins arbitraire, elle trouve dans la transaction un fondement naturel : admettre la lésion, en l'occurrence, ce serait ressusciter la discussion sur les éléments juridiques de la situation antérieure et incertaine.

5. Quant à l'action paulienne, elle ne saurait être admise contre une transaction car celle-ci n'est pas un acte d'appauvrissement. S'il y a eu fraude, les créanciers ont toujours la possibilité de la démontrer et de défendre leurs droits. On discute également beaucoup pour savoir si la transaction doit comporter l'obligation de garantie : la solution négative ne saurait, selon nous, faire aucun doute, la transaction ne comportant aucune cession de droits.

La transaction détermine le droit préexistant et le met à l'abri de toute contestation ultérieure, à l'aide de sacrifices réciproques. Aussi la résolution se conçoit-elle dans la transaction, aussi bien que dans toute autre convention, dans la mesure où elle constitue « la peine civile adéquate à l'attitude de tout contractant qui entend profiter d'une opération qu'il ne respecte pas dans la mesure où elle lui est désavantageuse [1] ».

148. Enfin, il ne faut pas s'étonner que le droit fiscal adopte certaines solutions apparemment contraires au principe de l'effet déclaratif de la transaction. C'est ainsi que l'Administration de l'Enregistrement perçoit un droit de mutation sur les biens abandonnés par la transaction à celui des contractants qui n'en avait pas auparavant la possession; le droit fiscal est inspiré par des techniques très éloignées de celles du droit civil. Il frappe les mutations apparentes de propriété et les déplacements de possession.

SECTION II

LE PROBLÈME DE L'EFFET RÉTROACTIF DE LA TRANSACTION

149. Logiquement, l'effet rétroactif que la doctrine traditionnelle déduit de la nature déclarative d'un acte juridique se conçoit et se justifie très clairement : il trouve son fondement dans l'absence d'effet translatif de cet acte et dans la nécessité où l'on se trouve d'assurer à son bénéficiaire l'exercice intégral et la jouissance complète de son droit préexistant. Ces raisons évidentes se retrouvent *a priori* dans la transaction : celle-ci permet à un droit préexistant inefficace de produire ses effets. Il serait donc logique de compléter son efficacité par le jeu de l'effet rétroactif contre tous les actes antérieurement accomplis par l'auteur de la reconnaissance transactionnelle.

Il est cependant remarquable que, ni la jurisprudence, ni la plus grande partie des auteurs ne font la moindre allusion à l'effet rétroactif de la transaction. Faut-il conclure de ce mutisme que ce dernier fonctionne réellement en pratique, mais qu'il ne donne lieu à aucune difficulté? Une telle attitude serait singulièrement puérile, car on ne voit pas pourquoi les tiers, ordinai-

1. Rodière, *op. cit.*, n° 363. Sur l'admission par la jurisprudence de l'action en résolution, voir : Req. 19 mars 1930, S. 1930.I.399.

rement si soucieux de la défense de leurs intérêts, se laisseraient plus facilement dépouiller de leurs acquisitions ou de leurs sûretés à la suite d'une transaction consentie par leur auteur. En fait, si l'on ne parle généralement pas de l'effet rétroactif de la transaction, c'est que, apparemment, celui-ci n'existe pas.

On en découvre aisément l'explication intuitive dans cette vérité toute évidente « que le propriétaire d'un immeuble hypothéqué ne peut pas être admis à le nettoyer de toutes les hypothèques qu'il a consenties en reconnaissant, moyennant un prix, les droits d'un adversaire supposé [1] ». La transaction peut être mensongère et frauduleuse; plus simplement, elle peut contenir une fausse description des droits des parties. Simple prévision juridictionnelle, la transaction n'offre pas les mêmes garanties de certitude que le jugement lui-même.

Aussi, est-il normal que son effet obligatoire soit purement relatif et qu'il n'ait, par lui-même, aucun retentissement sur la stabilité des droits acquis sur l'immeuble par les tiers : le caractère subjectif de la détermination du droit par la transaction, et l'effet relatif de cette dernière, constituent un obstacle immédiat à la mise en œuvre de l'effet rétroactif.

Mais celui-ci n'est pas, pour cela, absolument inconcevable. Si la transaction est, par elle-même impuissante à l'entraîner, il est susceptible de reparaître avec toutes ses conséquences dans la mesure où la détermination transactionnelle du droit préexistant sera corroborée et confirmée par une détermination juridictionnelle. D'autre part, en dehors du procédé que nous venons d'indiquer, les ressources propres de la transcription peuvent fournir au bénéficiaire de la transaction d'utiles armes contre les ayants cause de son adversaire.

Nous allons développer successivement ces deux points.

§ 1.

LA SUBORDINATION DE L'EFFET RÉTROACTIF DE LA TRANSACTION A LA CONFIRMATION JURIDICTIONNELLE DE CETTE DERNIÈRE

150. L'effet relatif de la transaction, comme nous venons de le souligner, constitue un obstacle immédiat au jeu de l'effet rétroactif. Est-ce à dire que les ayants cause du renonçant

1. Chevallier, p. 93.

soient à l'abri de toute poursuite de la part du bénéficiaire? Certes, non. La transaction produira à leur égard tous ses effets dans la mesure où un jugement rendu entre le propriétaire nouvellement déclaré et eux-mêmes aura en quelque sorte déclaré à son tour la détermination transactionnelle valable. Il faut qu'à la détermination subjective du droit préexistant succède une détermination objective : c'est là un exemple de la subordination en quelque sorte hiérarchique de la transaction au jugement.

Mais, dans le procès qui va s'ouvrir, la transaction jouera un certain rôle probatoire : elle va constituer pour son bénéficiaire une présomption simple de propriété. C'est, en effet, un principe constant du droit positif que la preuve par titre de la propriété immobilière peut se faire indifféremment à l'aide d'un acte translatif ou d'un acte déclaratif [1]. Dès lors, le bénéficiaire de la transaction aura dans le procès une situation privilégiée, il sera défendeur à la preuve : les ayants cause du renonçant devront prouver que la transaction a été, en fait, translative. On a prétendu [2] que « dans cette matière où les droits sont par hypothèse douteux, imposer aux ayants cause la preuve de la propriété de leur auteur, c'est pratiquement résoudre leurs droits et les réduire à un recours illusoire contre leur auteur ». Un tel reproche est exagéré car pour faire cette preuve les ayants cause ont la possibilité d'appeler en cause leur auteur qui, en vertu de son obligation de garantie contre les troubles, doit mettre à leur disposition ses titres. On ne saurait objecter que l'autorité de chose jugée de la transaction s'oppose à cette intervention forcée car le résultat du jugement ne saurait intéresser que les ayants cause et le bénéficiaire de la transaction. Si les ayants cause n'arrivent pas à faire cette preuve, la propriété de leur adversaire leur sera désormais opposable et les droits qu'ils possédaient sur l'immeuble seront résolus par l'effet rétroactif du jugement qui, en l'occurrence, remplacera celui de la transaction.

Les effets de la transaction se produisent donc en deux temps et à l'aide de deux procédures différentes : par elle-même, la transaction produit un effet déclaratif *stricto sensu*, auquel sont attachées toutes les conséquences que nous avons exposées dans

1. Chevallier, *op. cit.*, p. 94; Planiol, Ripert et Picard, *Traité pratique de droit civil*, t. III, nº 363; Planiol, Ripert et Boulanger, t. I, nº 3306; Aubry et Rau, t. II, § 249, note 7. Cf. ég. Req. 22 mai 1865, D. 65.I.20; Pau, 8 mai 1872, D. 73.II.231; Civ. 3 janv. 1905, D. 1908.I.441.

2. Chevallier, p. 95.

la section précédente; mais l'effet rétroactif qui, logiquement, est le complément technique de l'effet déclaratif, doit être déclenché par un jugement. La transaction n'évite donc jamais complètement l'intervention juridictionnelle.

Les principes que nous venons d'exposer constituent logiquement la solution normale des conflits de droits à l'issue d'une transaction.

Il nous faut maintenant nous demander quelle peut être l'incidence, sur ce problème, de la transcription attachée depuis 1935 à la transaction.

§ 2.

LE ROLE DE LA TRANSCRIPTION DE LA TRANSACTION DANS LA SOLUTION DES CONFLITS DE DROITS [1]

151. L'incidence de la transcription dans la solution des conflits entre le bénéficiaire de la transaction et les ayants cause du renonçant doit être envisagée à deux points de vue très différents : on peut d'abord se demander si les principes ordinaires de la transcription ne sont pas susceptibles de paralyser l'effet rétroactif secondaire que nous avons attribué à la transaction; il faut ensuite rechercher son utilité lorsque cet effet rétroactif ne peut pas se produire par suite de l'intervention d'un jugement démontrant l'effet translatif de la transaction.

a) La soumission de la transaction à l'obligation de la transcription pose un problème qui a particulièrement préoccupé les auteurs italiens [2]. La transcription est normalement un procédé destiné à régler les conflits de droits dans le temps; comment va-t-on concilier son fonctionnement avec celui de l'effet rétroactif qui lui est complètement opposé? Il y a, disent les auteurs italiens, une incompatibilité radicale entre la rétroactivité et la publicité : dès lors, ne faut-il pas décider que l'effet rétroactif de la transaction (lui-même déclenché par celui du jugement conforme) doit être subordonné à la priorité chronologique de la transcription de la transaction par rapport à la transcription

1. Voir Rodière, *op. cit.*, nº 361.

2. Cf. Gorla, *La riforma della trascrizione*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, p. 205 et suiv.; spéc. pour la transaction, p. 231 et suiv. (En France, cf. Génin, *Traité des hypothèques et de la transcription*, nº 429; Durand, *Rev. crit.*, 1936, p. 175).

de la vente ou du quelconque droit réel qu'il s'agit d'anéantir? Autrement dit, le bénéficiaire de la transaction ne pourra-t-il méconnaître les droits consentis sur l'immeuble par son adversaire que s'il a transcrit avant les tiers acquéreurs?

Il semble que poser le problème, c'est le résoudre : il y a réellement une incompatibilité entre les effets ordinaires de la transcription fondée sur la règle *Prior tempore, potior jure* et ceux de l'effet rétroactif qui constituent précisément une exception à cette règle. Or, on peut remarquer que le législateur de 1935 a entendu sauvegarder toutes les conséquences de l'effet rétroactif puisqu'il n'a attaché aucune sanction civile au défaut de transcription. La transcription des actes déclaratifs est une mesure de publicité et d'information; elle n'est pas une mesure de police.

Dès lors, l'effet rétroactif ne saurait être entravé par la transcription faite antérieurement par les ayants cause du renonçant. Tout au plus, pourrait-on admettre comme semble le suggérer M. Durand [1] que la transcription est une condition indispensable à la mise en œuvre de l'effet rétroactif, c'est-à-dire en l'espèce, à la poursuite des ayants cause sur le fondement de la transaction. Mais on voit mal l'intérêt pratique d'une telle mesure.

b) Pour trouver l'utilité propre de la transcription, il faut se placer dans l'hypothèse où l'effet rétroactif ne peut pas jouer parce que le bénéficiaire de la transaction a succombé dans son procès contre les ayants cause : la transaction a été reconnue translative. On retombe alors dans le droit commun et la transcription sera le seul critère de solution des conflits de droit : le bénéficiaire de la transaction qui a succombé sur la question d'antériorité de sa propriété pourra par ailleurs obtenir gain de cause sur la question d'antériorité de la transcription, dans l'hypothèse où la transcription de la transaction aura précédé la transcription de l'aliénation ou de l'acquisition d'un droit réel quelconque.

***

Depuis le début de notre analyse des divers actes déclaratifs, nous avons rencontré des problèmes de plus en plus complexes. Les solutions que nous avons déjà dégagées vont nous être très utiles pour l'étude de l'acte déclaratif dont le fonctionnement donne lieu aux plus grandes difficultés : le partage.

1. Commentaire précité.

TITRE II

LE PARTAGE

152. Parmi tous les problèmes du droit civil celui que pose la nature du partage est un de ceux qui ont fait couler le plus d'encre. Plusieurs générations de juristes se sont livrées depuis 1804 à des controverses passionnées sur le sens et la portée de l'article 883. Le partage est-il dans la réalité des choses un acte déclaratif ou bien cette qualification lui a-t-elle été donnée arbitrairement et artificiellement par le Code en vue de certains résultats pratiques? Ce dilemme invariablement posé depuis bientôt cent cinquante ans, et dont les deux branches ont de considérables conséquences pratiques, ouvre toujours les possibilités différentes de son alternative aux interprètes et aux hommes d'affaires. Aucune des « crises » auxquelles a donné lieu dans le passé l'application de l'effet déclaratif du partage n'est, semble-t-il apaisée [1]; bien au contraire la marche constante des faits et le développement croissant de l'indivision dans la vie juridique ont considérablement accru les difficultés.

Aussi est-il opportun d'essayer à nouveau de reprendre la question dans son ensemble. C'est à cette étude dont nous n'ignorons pas la complexité, que nous conduit logiquement notre recherche générale sur la notion d'acte déclaratif.

Mais avant de l'entreprendre directement, nous estimons indispensable de retracer soigneusement l'évolution des idées sur ce problème, tout au moins depuis 1804 [2]. Sans doute ces idées sont-elles presque toutes déjà connues, mais certaines d'entre elles ont perdu par l'inévitable stylisation du temps une grande partie de leur relief originaire et, bien souvent, du meilleur d'elles-mêmes. En outre, cette étude préliminaire nous permettra tout naturellement de poser le problème en termes plus précis.

1. Voir Veroone, *Étude sur la nature et le domaine d'application de l'effet déclaratif du partage.* Thèse, Lille, 1946, p. 9 et suiv.

2. Pour l'ancien droit, nous renvoyons aux études de M. Desserteaux, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif*, Thèse, Dijon, 1908; de M. Chevallier, *L'effet déclaratif des conventions et des contrats*, Thèse, Rennes, 1932, et de M. Mouras, *L'action du droit fiscal sur l'effet déclaratif du partage*, Thèse, Nancy, 1939.

CHAPITRE I

L'ÉVOLUTION DES IDÉES SUR LE PARTAGE

153. Deux tendances générales ont successivement dominé l'interprétation doctrinale de l'article 883 : la première tendance a inspiré la plupart des juristes du XIX^e^ siècle et a exercé son ultime influence sur la thèse de M. Desserteaux (1908) ; elle se caractérise essentiellement par une élimination *partielle* sur le double terrain théorique et pratique de l'effet déclaratif du partage. La deuxième tendance dont les premières manifestations sont apparues à la fin du XIX^e^ siècle s'est développée avec beaucoup de succès jusqu'à ces dernières années : elle se caractérise par une élimination *complète* de l'effet déclaratif du partage.

SECTION I

LE REJET PARTIEL DE LA DÉCLARATIVITÉ (1804-1908)

154. On sait avec quelle faveur les juristes du XIX^e^ siècle ont accueilli la reproduction dans le Code civil de la vieille règle de rétroactivité du partage : non seulement la rétroactivité du partage permettait de supprimer toutes les traces de l'indivision considérée alors comme une situation de fait peu recommandable, mais encore elle apportait un excellent remède à l'inorganisation de cet état transitoire en assurant la défense de chaque attributaire contre les empiétements antérieurs de ses cohéritiers sur la part qui lui est définitivement dévolue.

Mais, comme toute rétroactivité, celle du partage faisait des victimes parmi les tiers, qui ne manquaient pas de protester contre le fonctionnement trop rigoureux d'une règle qui les dépouillait des droits qu'on leur avait consentis pendant l'indi-

vision, ou en vertu de laquelle les résultats du partage leur étaient opposés comme s'ils avaient été réalisés au jour du décès du *de cujus*.

Aussi la nécessité se fit-elle rapidement sentir de pallier ces inconvénients par des moyens appropriés : pour éviter l'éviction trop brutale des tiers acquéreurs de droits sur les biens indivis on chercha à limiter le fonctionnement de la rétroactivité en adoptant du partage lui-même une notion très étroite; pour éviter les injustices apparentes de l'opposabilité aux tiers des résultats du partage, on s'efforça de cantonner le jeu de l'effet rétroactif dans les rapports entre cohéritiers.

Dans le domaine théorique une telle attitude exigeait de la doctrine un double effort : pour justifier la réduction de l'effet rétroactif au rang de simple procédé de défense des héritiers les uns contre les autres, il était indispensable de démontrer l'absence d'effet déclaratif du partage; mais pour justifier l'effet rétroactif lui-même par des considérations plus solides que celles tirées de son utilité, il était nécessaire de lui trouver un fondement autonome. Certains auteurs, après avoir démontré comment l'idée déclarative n'explique qu'un aspect de la nature du partage et comment, de ce fait, elle est impuissante à justifier son effet rétroactif, découvrirent le fondement de ce dernier dans le caractère conditionnel du droit de copropriété; d'autres juristes, plus nombreux, rejettant complètement le concept de déclarativité en tant qu'explication de la nature du partage, le conservèrent en tant qu'explication artificielle et fictive de ses effets. Mais l'aboutissement pratique de ces divergences théoriques était sensiblement le même, ces deux positions ayant pour trait commun d'entraîner l'interprétation restrictive de l'article 883 [1].

Nous étudierons, dans deux paragraphes successifs, les fondements théoriques de l'interprétation restrictive et le critère pratique apporté à l'interprétation restrictive par M. Desserteaux.

1. Il va sans dire que ces idées générales traduisent seulement l'opinion *dominante* au XIX^e siècle : certains auteurs, rares il est vrai, ont, en effet, soutenu, dès cette époque, que le partage était un acte purement et totalement déclaratif (Labbé, note au *Recueil Sirey*, 1870.I.5). De son côté, la jurisprudence, quoique fidèle dans l'ensemble à l'interprétation restrictive de l'article 883, a cependant donné plusieurs fois la preuve qu'elle ne refusait pas à la règle du Code civil la valeur d'un principe fondamental et absolu (Cass. 2 déc. 1845, S. 1846.I.21; Cass. 29 août 1853, S. 1854.I.707; Cass. 9 mai 1832, S. 1832.I.367; Cass. 11 déc. 1850, S. 1851.I.253; Cass. 7 août 1860, S. 1861.I.977; Civ. 10 nov. 1869, S. 1870.I.5, note Labbé).

§ 1.

LES FONDEMENTS THÉORIQUES DE L'INTERPRÉTATION RESTRICTIVE

I. — La théorie du partage « déclaratif et attributif » d'Aubry et Rau (*Théorie de la condition* [1]).

155. On représente souvent, à tort, Planiol comme le père de la théorie de la condition. Cette confusion est regrettable car le passage du traité de Planiol auquel on fait allusion [2] n'est qu'un reflet partiel des idées de ses prédécesseurs et notamment d'Aubry et Rau. Cette méprise a notamment pour conséquence inattendue de faire passer la théorie de la condition pour une théorie de la réalité absolue de l'effet déclaratif, alors qu'elle n'était pas à l'origine, exclusive de toute idée de fiction.

Aubry et Rau se proposaient simplement de montrer que l'effet rétroactif pouvait se justifier par des considérations extérieures à la nature du partage.

Voici comment ils posaient la question : « Le partage n'est ni simplement déclaratif comme un jugement, ni translatif comme un échange ou une vente. Il n'est pas simplement déclaratif puisqu'il transforme un droit indivis sur la totalité de la chose commune, en un droit exclusif sur une partie matériellement déterminée de cette chose. Il n'est pas simplement translatif puisque chaque copartageant se trouvait, dès avant le partage, investi d'un droit indivis dans chaque atome de la portion matérielle qui lui est attribuée [3] ». Ce raisonnement purement négatif ne demandait qu'à être retourné sous une forme positive. C'est ce qu'ont fait quelques auteurs du XIXe siècle comme Bertault, Demolombe et de Folleville [4] qui ont sou-

1. Chronologiquement, c'est la théorie de la condition qui est apparue la première. Elle figure dans la 1re édition du *Traité de Zachariae* par Aubry et Rau en 1844 et elle a trouvé son expression définitive dans la 2e édition du *traité* d'Aubry et Rau en 1857 (t. V, p. 263, note 1). La théorie de la fiction a été systématisée par Laurent seulement en 1872, date de la 1re édition de son traité.

2. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 4e éd., n° 2379. Les idées de Planiol ont été plus longuement développées par M. Brault, *L'effet déclaratif du partage au point de vue fiscal*. Thèse, Paris, 1905, et également Baudier, *La rétroactivité des règles de la condition*. Thèse, Paris, 1903.

3. Aubry et Rau, 5e éd., t. X, p. 189, note 1.

4. Bertault, *Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon*, 1867, p. 264 et 265. Demolombe, t. XVI, n° 260 et suiv; de Folleville, *Rev. gén. de*

*

tenu que le partage était une opération complexe, à la fois déclarative et attributive : déclarative parce que l'attributaire possède un droit idéal préexistant sur les biens mis dans son lot et sur lesquels il est bien l'ayant cause du *de cujus;* attributive parce que la transformation de ce droit idéal et collectif en un droit déterminé et privatif est incompatible avec la notion classique de l'effet déclaratif, exclusive de toute modification de l'état de droit préexistant [1].

Une telle analyse du partage permettait difficilement de justifier la rétroactivité qui est normalement attachée à cet acte : En effet, du moment que cet acte modifie l'état de droit antérieur en substituant des droits privatifs à des droits indivis, il devient impossible sans recourir à une fiction évidente de considérer que cette transformation s'est produite à une date antérieure au partage; or, c'est là le résultat auquel conduit logiquement l'idée déclarative.

Aussi est-ce par un détour subtil et ingénieux qu'Aubry et Rau ont évité cet obstacle : ne pouvant fonder la rétroactivité du partage sur son caractère déclaratif, et désireux cependant de lui trouver une justification technique, ils ont invoqué l'idée de condition [2] : « Si laissant de côté l'une et l'autre formule [3], on se demande ce que signifie en définitive l'article 883, la réponse fournie par les termes même de cet article est que les effets du partage rétroagissent au jour de l'établissement de l'indivision. Or, la rétroactivité des effets du partage peut s'expliquer et par la nature même du droit de copropriété qui s'étend *in toto et in qualibet parte rei communis*, et par la condition résolutoire à laquelle ce droit se trouve, dès son origine, virtuellement soumis, en vertu de la règle que nul n'est tenu de rester dans l'indivision [4] ».

Il n'était pas inutile de souligner la véritable acrobatie par laquelle Aubry et Rau se sont efforcés de justifier un effet

droit, 1877, p. 244, Cf. ég. les traces persistantes de cette doctrine au XX^e siècle dans les ouvrages de Gabba, *Intorno della natura della divisione*, in *Foro Italiano*, 1903, I, col. 1411 et suiv., et *Nuove questioni di diritto civile*, vol. II, p. 42 et suiv.; Chevallier, *op. cit.*; Le Balle, *Cours de droit civil de* Ch. Beudant, t. V *bis*, p. 381; et Veroone, *Étude sur la nature et le domaine d'application de l'effet déclaratif du partage*. Thèse, Lille, 1946, p. 109 et suiv.

1. Sur la conception classique de l'acte déclaratif, voir notre Introduction générale, *supra*, n° 1 et suiv.

2. C'est cette idée qu'a conservée Planiol en faisant abstraction de l'analyse théorique du partage d'Aubry et Rau.

3. Aubry et Rau font allusion à la théorie translative et à la théorie déclarative.

4. *Op. cit.*, p. 189, note 1.

rétroactif qui leur paraissait insoutenable par la seule référence à la nature juridique du partage : la théorie du droit de propriété conditionnel, tout en respectant la nature mixte du partage, contenait à elle seule l'explication logique de l'anéantissement rétroactif d'un passé dont l'existence réelle est cependant incontestable.

En outre, cette théorie présentait à leurs yeux, de grands avantages pratiques : en même temps qu'elle satisfaisait leur esprit en donnant à la rétroactivité un fondement naturel, elle leur évitait de recourir à l'interprétation extensive qu'aurait imposée la nature déclarative du partage [1].

La rétroactivité, disaient-ils, a pu être attachée au partage « sans faire violence à la nature des choses [2] », mais ce sont des considérations d'utilité qui l'ont imposée. Aussi, faudra-t-il l'écarter chaque fois que ces considérations d'utilité (la protection des attributaires les uns contre les autres) ne seront pas en jeu et que l'intérêt des tiers paraîtra plus digne d'être sauvegardé [3].

156. Les idées d'Aubry et Rau et de leurs successeurs doivent être appréciées à deux points de vue différents : en ce qui concerne leurs conclusions sur la nature complexe et originale du partage, acte à la fois déclaratif et attributif, il y a peu de choses à dire. Nous verrons dans la suite de nos développements que si, en qualifiant le partage d'acte « attributif » on veut exprimer par là cette vérité incontestable qu'il n'est pas dépourvu d'un certain effet positif, modificateur du régime de propriété des biens, on ne peut que souscrire. C'est à Aubry et Rau que revient le mérite d'avoir mis les premiers l'accent sur cet aspect du partage dont la doctrine moderne a fait à son tour la découverte.

Mais nous suivons plus difficilement ces auteurs dans leur explication parallèle des effets du partage par le jeu de la notion

1. Au contraire, Planiol, prenant à la lettre l'idée de condition comme fondement direct de l'effet déclaratif du partage proposait une interprétation absolument extensive.

2. *Op. cit.* et *loc. cit.*

3. La théorie d'Aubry et Rau sera reprise sous un jour un peu différent, mais avec un parallélisme méthodologique qui mérite d'être souligné, par M. Chevallier (cf. *infra*, n° 165).

M. Chevallier admet lui aussi que le partage est un acte « attributif » et rejette la théorie déclarative; mais, au lieu d'expliquer l'article 883 par l'idée de rétroactivité, il propose la notion technique d'inopposabilité. Nous aurons l'occasion de critiquer sa position d'ensemble en montrant la vanité de ses efforts qui le conduisent à adopter intégralement le résultat de la théorie translative, qu'il avait voulu précisément écarter. Ces critiques s'appliqueront *a fortiori* à Aubry et Rau.

de condition. On a beaucoup critiqué et on critique encore cette théorie [1]. Josserand, l'un des premiers a souligné l'impasse où elle doit logiquement conduire : si chaque indivisaire a pendant l'indivision la propriété sous condition suspensive des choses communes, qui est le propriétaire actuel des biens indivis? Personne. L'indivision devient ainsi une *res nullius* [2]. Quelle que soit la portée exacte de cette critique (elle n'est peut-être pas très convaincante, car au regard des tiers la propriété des biens communs appartient à la masse des héritiers et en outre chaque indivisaire est aussi propriétaire sous condition résolutoire [3]), il nous semble surtout que la théorie d'Aubry et Rau s'accorde mal avec le caractère attributif du partage qu'ils ont si bien dégagé : dans la mesure où l'on admet la rétroactivité du partage fondée sur une condition, celle-ci fait refluer vers le passé un effet du partage, — transformation des droits indivis en droit privatifs, — qu'il est impossible, sans recourir à une fiction, de considérer comme préexistant.

Au surplus, cette théorie déployait beaucoup d'ingéniosité pour aboutir à un résultat pratique qui est sensiblement le même que celui auquel conduisait l'analyse classique du partage, plus claire et plus simple. Il n'est donc pas étonnant que cette deuxième conception se soit développée à sa suite [4] avec beaucoup plus d'éclat.

II. — La théorie classique de la fiction.

157. Le raisonnement à l'aide duquel Laurent donna au système de la fiction son armature définitive est fort connu [5]. L'argument majeur du grand juriste belge se trouve dans sa démonstration du mécanisme du partage. La transformation de la propriété indivise en une série de propriétés privatives

1. Ripert et Boulanger, *op. cit.*, t. III, n° 3122; Veroone, *op. cit.*, p. 84; Le Balle, *op. cit.*, p. 381, n° 712; Desserteaux, *op. cit.*, p. 289 et suiv; Josserand, *Essai sur la propriété collective, Livre d^s centenaire du Code civil*, t. I, p. 373; Chevallier, *op. cit.*, p. 58 et suiv.

2. Josserand, article précité, p. 373.

3. Cf. la note de M. Vialleton au S. 1927.I.170, 1re colonne.

4. Il existait déjà dans la première moitié du XIXe siècle des préfigurations de la théorie de la fiction, mais c'est seulement sous l'impulsion de Laurent que cette conception s'imposa. Cf. Delvincourt, t. I, 1813, p. 222; Duranton, t. VII, p. 2005; du Caurroy-Bonnier et Roustain, t. II, 1851, p. 5435; Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5e éd., t. III, p. 290; Championnière, *Études historiques sur l'article 883 du Code civil, Rev. de lég. et de jurispr.*, 1838, p. 405 et suiv.

5. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. X, éd. 1874, p. 411 et suiv.

s'opère au moyen d'un acte translatif : le partage en nature est le résultat d'un échange de parts indivises; en effet, le droit de chaque indivisaire grève chaque atome et chaque parcelle des choses communes; le partage, en attribuant à chacun un bien déterminé ne peut soustraire ce bien à l'influence du droit des autres qu'au moyen d'un échange de quotes-parts. Quant au partage avec soulte, ou au partage sur licitation, il équivaut à une vente : Qu'est-ce qu'une licitation? écrit Laurent, sinon une vente sous un autre nom? Qu'est-ce que le partage avec soulte, sinon une véritable vente jusqu'à concurrence du montant de la soulte »[1]? Ainsi le partage s'analyse en définitive en « une acquisition suivie d'une aliénation [2] »; c'est véritablement un acte translatif et les copartageants sont les ayants cause les uns des autres. C'est d'ailleurs sous cet aspect que le décrivaient les Romains qui ignoraient la notion d'effet déclaratif.

Cette dernière est issue dans l'ancien droit de préoccupations fiscales : lorsque la prohibition d'aliéner les fiefs fut remplacée par des exigences fiscales à propos de chaque mutation, on s'est efforcé de faire échapper le partage des fiefs à la perception des droits : on y est parvenu en faisant appel à la théorie de « l'aliénation nécessaire ». Les profits représentant le prix du consentement du seigneur à l'aliénation n'atteignent que les aliénations volontaires, disait-on. Or, le partage est une aliénation nécessaire. Ce n'est que beaucoup plus tard que, sous la pression de nécessités nouvelles, d'origine civile celles-là, que l'on a prolongé cette idée d'aliénation nécessaire en construisant la théorie de l'effet déclaratif : lorsque le développement de la pratique des hypothèques a rendu dangereuse l'application du principe romain en exposant les attributaires de biens déterminés à des évictions à la suite d'actes consentis sur leurs lots par leurs cohéritiers, on a fait appel à l'idée d'effet déclaratif. Mais ce n'était qu'un procédé technique.

A cet argument d'ordre historique, Laurent et ses disciples ajoutent des arguments de texte pour couronner leur démonstration : l'article 883 lui-même indique clairement que le législateur de 1804 avait le sentiment d'édicter une règle contraire à la vraie nature du partage puisqu'il s'exprime ainsi : « Chaque cohéritier est *censé* avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot... »

Par ailleurs, écrit Laurent : « Le Code reconnaît implicitement

1. Laurent, *op. cit.*, p. 411.
2. Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. III, 3e éd., 1905, nº 3270.

la théorie romaine puisqu'il admet la garantie entre copartageants; or, la garantie ne s'explique que par le caractère translatif du partage [1].

La conclusion pratique de cette argumentation est simple : l'article 883 établit une fiction dans le but d'assurer la stabilité des propriétés et la tranquillité des familles en évitant les évictions et actions récursives auxquelles donnerait lieu l'application du système romain.

Il faudra dans l'application de cette fiction s'efforcer de ne pas dépasser sa raison d'être : dès que son but précis ne sera pas en cause, il faudra restituer au partage sa nature véritable et en déduire des solutions opposées à l'effet déclaratif.

158. Les idées de Laurent ont eu un très grand retentissement dans la doctrine [2] et dans la jurisprudence. Cette dernière, sous l'œil vigilant de Wahl qui, pendant de longues années, fut sa conscience et son guide dans les problèmes posés par l'article 883 [3], accusa, surtout au XIX^e^ siècle, une tendance nettement restrictive et fictionniste [4]. De nos jours la théorie de Laurent demeure la source plus ou moins directe de la tendance restrictive... On est cependant plus sceptique sur l'explication du mécanisme du partage par la théorie de l'échange [5], et c'est à cet endroit que le brillant édifice de Laurent s'est rompu brutalement sous l'influence du renouveau des études sur l'indivision, à la fin du XIX^e^ siècle et au début du XX^e^ siècle.

On ne peut admettre, en effet, l'idée d'échange que si l'on accepte auparavant la conception romaine de l'indivision, grossière et primitive.

Les Romains, en réalité, profondément individualistes, avaient du mal à concevoir l'indivision [6]. Aussi, considéraient-ils celle-ci

1. *Op. cit.*, p. 466.

2. Cf. Gallet, *La fiction de rétroactivité*. Thèse, Poitiers, 1903; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. III, 3^e^ éd., 1905, n° 3270; Querel, *Du caractère fictif de l'article 883 et de son interprétation restrictive par la jurisprudence moderne*. Thèse, Lyon, 1923. En Italie : Coviello N., *Successioni*, p. 535; Polacco, *Successioni*, Milan, 1937, t. II, p. 234; Vitali, *Trattato delle successioni*, vol. VI, p. 561.

3. Cf. Wahl, notes au *Recueil Sirey* 1892.I.417, 91.I.545, 93.II.89, 93.II.265, 93.I.41, 94.I.153, 1900.I.369, 1905.I.273, 1905.II.89, 1905.I.779, 1905.I.149, 1909.I.351, 1912.I.49.

4. Cf. Wahl, *Les variations de la jurisprudence sur l'effet déclaratif du partage, Livre du centenaire du Code civil*, t. I, p. 443.

5. Cf. cependant en faveur de cette théorie : Josserand, t. III, n° 1190; Colin et Capitant, par Julliot de la Morandière, t. III, n° 1143; cf. ég. l'article fort intéressant de M. Déjana, *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 81 et suiv., spéc. p. 95-97.

6. Cf. Gaudemet, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*. Thèse, Strasbourg, 1934; Hébraud, *La copropriété par appartement*, *Rev. trim.*, 1938, p. 63.

comme une juxtaposition de droits de propriété individuels et matériellement déterminés dans leur assiette. Le partage consistait alors à échanger ces divers droits de propriété, qui affectaient partiellement l'étendue matérielle de la totalité des biens communs, pour les faire reposer sur des objets uniques.

Cette notion du droit indivis qui était, en fait, sa négation a été reprise dans l'ancien droit par les glossateurs qui ont forgé la maxime *Heres habet totum in toto et in qualibet parte rei divisionis*. Des études remarquables [1] ont définitivement condamné cette conception qui est incohérente et contradictoire, parce qu'elle nie implicitement l'existence de l'indivision en supposant que le patrimoine de *de cujus* s'est immédiatement divisé entre tous les héritiers [2]. Or, de plus en plus, la jurisprudence organise un système de consolidation de la masse indivise : le patrimoine du *de cujus* garde, au jour du décès de son titulaire, son autonomie; il forme une universalité sur laquelle les indivisaires n'ont que des droits indéterminés jusqu'au partage. Aussi est-il inexact de soutenir que le partage est le fruit d'un échange de parts indivises. Cette affirmation est, d'ailleurs, contraire à la réalité psychologique : les copartageants n'ont nullement le sentiment de procéder à un échange [3]. En outre, on ne voit pas très bien comment on ferait concorder cette explication avec le partage judiciaire, surtout quand ce dernier est contentieux?

Il reste à l'actif de cette conception deux arguments : l'argument historique et l'argument tiré de l'existence de la garantie entre copartageants. Ils n'ont pas grande valeur. On ne conteste plus de nos jours que la garantie a, dans le partage, un fondement très différent de son fondement habituel; elle contribue, comme l'effet déclaratif lui-même à maintenir l'égalité entre les héritiers. Quant à l'origine de l'effet déclaratif, on a récemment démontré qu'elle était purement civile et non fiscale [4].

En outre, M. Siesse [5] a parfaitement mis en lumière que lorsque, au XVI^e^ siècle, la pratique fréquente des hypothèques rendit la conception translative du partage inadmissible, la première réaction de la doctrine ne fut pas de considérer l'effet déclaratif nouvellement venu comme une fiction : un certain nombre d'au-

1. Siesse, *La Communauté d'héritiers en droit comparé*. Thèse, Paris, 1922.
2. Hébraud, *Cours de droit civil professé à la Faculté de droit de Toulouse*, 1947-1948, p. 167.
3. Batiffol, note au S. 1938.I.377.
4. Desserteaux, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif*. Thèse, Dijon, 1909, p. 109.
5. *Op. cit.*, p. 47 et suiv.

teurs consacrèrent leurs efforts à rectifier la conception romaine des droits indivis à laquelle était liée l'idée de fiction. Les uns imaginèrent d'assimiler le droit indivis à un droit conditionnel; d'autres le qualifièrent de droit incertain et indéterminé. Toutes ces explications qui avaient le mérite de mettre en harmonie la notion de l'indivision avec le principe du partage déclaratif furent repoussées par les romanistes; fidèles aux dogmes du droit écrit, ils ne purent se résigner à lui faire la moindre entorse. C'est ainsi par réaction contre la théorie réaliste que naquit la théorie de la fiction.

Tout cela rend suspect l'argument historique. Au surplus, même si l'effet déclaratif du partage était issu de considérations exclusivement pratiques, serait-ce une raison suffisante pour dire qu'il n'est pas conforme à la réalité des choses? C'est le propre des vérités juridiques comme des vérités naturelles de surgir brusquement au détour d'une lente évolution et à la faveur de nécessités pratiques qui montrent l'inexactitude des expédients qui les ont précédées.

***

159. Malgré les objections graves qu'elle encourait sur le terrain des principes, la théorie de Laurent aurait pu puiser ses chances de pérennité dans sa valeur pratique, apparemment très grande. Malheureusement nul ne pouvait nier sérieusement à la fin du XIX^e^ siècle que les directives d'interprétation proposées par la théorie de la fiction s'avéraient impuissantes à résoudre d'une manière satisfaisante les problèmes suscités par l'effet déclaratif du partage : quel devait être le domaine d'application de l'effet déclaratif quant aux actes mettant fin à l'indivision ou quant aux biens compris dans le partage? Quelle était exactement sa portée vis-à-vis des tiers? Le bilan de ces cent années de discussions doctrinales faisait apparaître sur tous ces points plus d'incohérence que de clarté; l'étude de la jurisprudence n'était pas plus réconfortante et l'on cherchait en vain à découvrir le fil d'Ariane de ses variations inconstantes [1]. Bref, si l'on acceptait encore le principe d'une interprétation restrictive, on sentait clairement l'urgente nécesssité de mettre à jour un critère précis et pratique de cette interprétation restrictive.

C'est à la recherche de ce critère que M. Desserteaux consacra tous ses efforts.

1. Wahl, *Les variations de la jurisprudence sur l'effet déclaratif du partage, Livre du centenaire du Code civil*, t. I, p. 443 et suiv.

§ 2.

LE CRITÈRE PRATIQUE DE L'INTERPRÉTATION RESTRICTIVE : LA THÉORIE DE M. DESSERTEAUX [1]

160. Sur la méthode qu'il va suivre M. Desserteaux s'explique en plusieurs endroits dans les termes suivants : « C'est par l'examen des hypothèses, par la recherche des textes ou des principes étrangers à la matière dont ces hypothèses peuvent réclamer l'application, par l'appréciation du plus ou moins de protection législative que méritent les intérêts de diverses personnes en présence que le juriste peut se former une conviction [2] ». De ces lignes écrites plus spécialement à propos du partage, on peut rapprocher celles qui visent surtout la transaction et qui s'appliquent aussi à notre matière : « Pour arriver à une solution exacte du problème la meilleure méthode me paraît être, au lieu de se plonger dans des spéculations *a priori* sur la nature de la transaction [3], d'examiner toutes les hypothèses pratiques dans lesquelles il peut y avoir intérêt à savoir si une transaction est translative ou déclarative, d'établir la solution qui paraît juste, sans négliger d'ailleurs pour s'éclairer les considérations de travaux préparatoires, de tradition, etc... qui sont capables de nous guider, puis de noter si la solution s'accorde mieux avec le caractère déclaratif ou avec le caractère translatif. Quand nous aurons recueilli la collection complète des solutions, la théorie rationnelle apparaîtra d'elle-même [4] ».

Au terme de son travail ainsi conçu, M. Desserteaux fait le bilan des solutions qu'il a été amené à proposer dans chaque cas particulier et constate que ces solutions peuvent se ramener à deux idées principales : l'effet déclaratif doit s'appliquer entre les parties; mais il faut l'écarter vis-à-vis des tiers qui ont un intérêt légitimement acquis à le repousser. Entre les parties, en effet, l'application de l'effet déclaratif s'impose parce que « faute de l'appliquer on permettrait à un communiste de compromettre le droit de l'autre à l'égalité, ou on obligerait les communistes à faire un nouveau partage [5] ». Mais quand ces

1. Desserteaux, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif*. Thèse, Dijon, 1908.
2. *Op. cit.*, p. 276.
3. Le lecteur voit facilement que ces lignes s'appliquent aussi au partage.
4. *Op. cit.*, p. 227, n° 112.
5. *Op. cit.*, p. 400, n° 185.

considérations n'entrent plus en ligne de compte, l'intérêt des tiers doit prédominer et l'on doit leur appliquer les solutions qui découlent du système translatif. Ainsi le partage est *déclaratif entre les parties, translatif vis-à-vis des tiers* [1].

Cette formule n'a pas seulement le mérite de fournir un critère précis pour l'application de l'article 883, et de satisfaire tous les intérêts en présence, elle correspond à une profonde réalité théorique. En effet, le partage est un « contrat déclaratif », c'est-à-dire un contrat dont le but est de « régler des rapports qui, pour une raison ou pour une autre, sont incommodes dans le passé et dont les parties veulent rejeter les conséquences autant qu'il est en leur pouvoir [2] ». Les droits de propriété de chaque indivisaire étaient incommodes à exercer en raison des pouvoirs concurrents que possédaient les communistes sur le même objet : le partage est un règlement rétroactif, voulu par les communistes, de ces rapports antérieurs. Et l'article 883 soustrait ce contrat à la règle ordinaire de la relativité des conventions parce que les personnes qui ont été en rapports avec les copartageants, ayant presque toujours connu l'état d'indivision, n'ont pas d'intérêt légitime à s'opposer à l'application de l'effet déclaratif. Mais la règle de relativité du contrat doit reprendre son empire quand les tiers ont un intérêt légitime à invoquer [3].

161. La construction de M. Desserteaux est extrêmement séduisante. Son principal mérite est d'avoir donné un critère précis et clair pour l'application de l'article 883. Aussi donne-t-elle une impression d'apaisement dans l'étude chronologique de l'évolution des idées sur l'effet déclaratif du partage : dans le maquis de la jurisprudence elle apporte un principe d'ordre.

Cependant malgré ces qualités éminentes, cette théorie encourt de graves reproches. On peut tout d'abord se demander si la méthode employée par M. Desserteaux pour découvrir la nature du partage est d'une orthodoxie rigoureuse : on se souvient en effet que M. Desserteaux obtient cette nature juridique en faisant une addition des solutions qui lui ont été dictées par le souci de concilier les intérêts en présence : le partage est déclaratif entre les parties parce que cette solution est plus souhaitable; il est translatif vis-à-vis des tiers parce

1. M. Desserteaux a été visiblement inspiré par l'arrêt des Chambres réunies du 5 décembre 1907 (Chollet-Dumoulin), D. 1908.I.113, note Colin; S. 1908.I.5, note Lyon-Caen.
2. *Op. cit.*, p. 104.
3. *Op. cit.*, p. 405 et suiv.

que l'intérêt de ces derniers l'exige. Quelle que soit la valeur pratique de cette idée, sa valeur théorique est fort douteuse : elle est contradictoire et ne peut en définitive s'expliquer que par un recours à la fiction; or, c'est précisément ce dont M. Desserteaux se défend, sans nous convaincre [1].

Il est vrai que l'auteur justifie sa conception du partage par des arguments complémentaires : le partage est un contrat qui réagit exceptionnellement contre certains tiers. Ainsi M. Desserteaux ramène-t-il très ingénieusement le problème de l'effet déclaratif à celui de la relativité des conventions. Mais cette idée est elle-même suspecte. Elle s'applique difficilement au partage judiciaire, surtout quand ce dernier a lieu à la suite d'un désaccord entre les héritiers : il n'est plus possible dans ce cas d'expliquer l'effet déclaratif par un tempérament à la relativité d'une convention qui n'existe pas. *A fortiori*, est-il impossible de justifier les limitations de l'effet déclaratif vis-à-vis des tiers par le jeu normal de la relativité des conventions en dehors des hypothèses prévues par l'article 883.

Toutes ces critiques perdraient de leur gravité si le critère d'application de l'article 883 était lui-même solide et sûr, puisque en définitive l'auteur avait l'intention de résoudre le problème par des considérations pratiques.

Il n'en est rien malheureusement et ce critère, si clair en apparence, s'avère, à la réflexion, singulièrement compliqué : il repose sur la distinction des parties et des tiers qui est toujours très difficile à préciser en pratique et qui l'est davantage encore dans le partage [2]. Les critiques adressées par M. Chevallier à ce critère sont parfaitement exactes et nous ne pouvons que les reproduire : « Est un tiers, *stricto sensu*, par rapport à un acte juridique toute personne qui n'y était ni partie ni représentée. Mais avec cette définition du mot « tiers », la théorie de M. Desserteaux est certainement en opposition avec la jurisprudence. L'effet déclaratif du partage ne s'impose pas à toute personne qui n'est pas un tiers. L'administration de l'Enregistrement n'est pas un tiers et cependant à son égard le partage est dans une large mesure un acte translatif et taxé comme tel. D'autre part l'effet déclaratif s'impose à certaines personnes qui n'ont été ni parties ni représentées dans l'acte du partage. L'effet essentiel de l'article 883 est de dépouiller l'acquéreur de droits réels des droits qui lui ont été consentis sur les biens indivis

1. *Op. cit.*, p. 406.

2. Cf. les critiques de M. Rouast dans son Cours de doctorat sur les partages de communauté et de succession. Paris, 1942-1943, p. 167.

pendant l'indivision par un copropriétaire seul, lorsque le bien, objet de l'acte, ne tombe pas dans son lot. Nul doute qu'à l'égard de cet acquéreur l'effet déclaratif joue, bien qu'il soit un tiers [1] ».

Au surplus cette théorie est liée à une manière de concevoir l'effet déclaratif du partage aujourd'hui presque complètement abandonnée. Les idées de M. Desserteaux se trouvaient déjà au moment même où elles étaient formulées dépassées par l'apparition d'une conception nouvelle de l'indivision qui devait profondément modifier l'optique générale du problème des effets du partage.

C'est cette nouvelle tendance dont l'éclosion correspond sensiblement à la naissance du XX^e siècle qu'il nous faut maintenant décrire.

SECTION II

LE REJET TOTAL DE LA DÉCLARATIVITÉ 1900-1938 [2]

162. Les raisons pour lesquelles on avait, au XIX^e siècle, réservé à l'effet rétroactif du partage un accueil assez favorable devaient, en vertu d'une curieuse évolution, constituer, au début du XX^e siècle, l'un des principaux griefs de la doctrine contre l'effet déclaratif. C'est que l'indivision, considérée en 1804 comme un état provisoire dont il fallait supprimer toutes traces dans le passé, devenait, contrairement aux prévisions du législateur, une institution de longue durée. En fait les héritiers retardaient souvent le partage pendant cinq ans et même au delà; d'autre part la composition de l'indivision devenait de plus en plus complexe en raison du développement de la fortune mobilière. Dès lors se posait d'une manière urgente le problème de l'organisation de la gestion et de l'administration de la communauté d'héritiers. Pour le résoudre il semblait nécessaire de sortir du cadre trop individualiste du Code civil pour emprunter au droit comparé des structures éprouvées de propriétés com-

1. Cf. Chevallier, *De l'effet déclaratif des conventions et des contrats*, Thèse, Rennes, 1932, p. 176 et suiv., spéc. p. 178 et 179.

2. Il va sans dire que les dates précises entre lesquelles nous enfermons la tendance au rejet absolu de la déclarativité traduisent *approximativement* le point de départ et la fin de ce mouvement d'idées. Il est bien certain que la théorie déclarative n'a nullement perdu de 1900 à 1938 ses partisans; et il est non moins certain que depuis 1938 le mouvement d'hostilité à l'effet déclaratif n'a pas entièrement cessé ses manifestations.

munes; tout au moins devait-on permettre à la jurisprudence d'édifier un embryon d'organisation de la masse indivise. Mais toute tentative de ce genre était vouée à l'échec si l'on ne parvenait à extirper du Code civil la règle de l'effet déclaratif devenue inconcevable dans le droit moderne.

A ces raisons tout à fait nouvelles d'éliminer du partage le concept d'effet déclaratif venaient prêter leur concours les objections qui déjà au XIXe siècle avaient entraîné l'interprétation restrictive de l'article 883. Ces objections désormais traditionnelles, M. Chevallier les a magistralement résumées en passant au crible d'une critique acérée la « valeur pratique » et la « valeur dogmatique » de la théorie déclarative [1]. Reprenant une à une toutes les hypothèses en litige, M. Chevallier dressa le bilan impressionnant des inadmissibles résultats auxquels conduit logiquement l'application de l'effet déclaratif dans les rapports des cohéritiers et de leurs ayants cause [2].

Allant plus loin que ses devanciers dans la critique il souligna comment la théorie déclarative, — méconnue par le législateur qui, en 1910 a conféré une pleine efficacité à l'hypothèque consentie sur un bien commun par tous les copropriétaires, méconnue aussi par la jurisprudence qui, en cas de partage de communauté, fait céder le principe de la rétroactivité en ce qui concerne la période du mariage —, ne constitue plus de nos jours un cadre satisfaisant d'explication du droit positif [3].

L'ensemble de ces considérations fut le point de départ d'un nouveau et puissant mouvement doctrinal tendant à libérer l'article 883 de l'étreinte des notions de déclarativité et de rétroactivité qui, sous l'influence de l'école de l'exégèse, avaient pendant un siècle masqué sa signification véritable; mais les moyens employés pour atteindre ce but commun ne furent pas toujours les mêmes. On commença par réclamer la suppression législative de la fiction de déclarativité, devenue sans objet dans le droit moderne. Puis l'intervention du législateur se faisant attendre et devenant, avec les années, de plus en plus improbable, on chercha à détruire le postulat même de la fiction légale en montrant que l'article 883 se bornait à décrire un résultat technique sans prendre parti sur son fondement ou sur sa qualification.

1. Chevallier, *De l'effet déclaratif des conventions et des contrats*. Thèse, Rennes, 1932.
2. P. 111 et suiv.
3. P. 118, 132, 153.

§ 1.

L'ÉLIMINATION DE L'EFFET DÉCLARATIF « DE LEGE FERENDA »

163. La suppression législative de la fiction de déclarativité soi-disant contenue dans l'article 883 a été principalement réclamée dans les premières années du XX^e^ siècle au moment de la recrudescence des études sur l'indivision.

Certains auteurs étrangers, — en particulier MM. Van Biervliet, en Belgique, et Luzzatto, en Italie [1] —, ont soutenu que la propriété des biens indivis, loin d'appartenir à chacun des indivisaires, comme on l'enseigne généralement, appartient à un sujet de droit distinct formé par l'ensemble des ayants droit sur la masse, à un « sujet collectif ». « La copropriété, écrit M. Van Biervliet, n'implique pas la division de la propriété entre plusieurs personnes; elle ne se constitue pas par la réunion de plusieurs droits individuels de propriété sur une même chose; elle forme un droit collectif unique dont l'exercice requiert la réunion de plusieurs volontés s'accordant entre elles pour créer un seul et même vouloir. C'est ce que l'on exprime en disant que la propriété d'un bien indivis a pour sujet la volonté commune des indivisaires ou encore que le sujet de cette propriété est un sujet collectif. »

« Un copropriétaire, poursuit plus loin M. Van Biervliet, ne dispose aucunement de biens communs si ce n'est de concert avec les autres copropriétaires. Sa volonté individuelle isolée de celle des autres est impuissante au point de vue de l'exercice du droit de propriété sur la chose commune : elle ne devient efficace que par sa réunion aux volontés des autres. C'est en ce sens que l'on peut dire que la propriété d'un bien indivis appartient à une collectivité [2]. »

Est-ce à dire cependant que chaque indivisaire pris séparément ne possède aucun droit individuel sur les biens communs? Nullement : « ... Le droit collectif de jouissance et de disposition n'ayant d'autre fin dans la simple communauté que le profit individuel de chacun des communistes et tous les avantages résultant de l'exercice de ce droit devant être répartis entre eux, il existe évidemment, pour chacun d'eux, un droit

1. Van Biervliet, *Les sujets collectifs en droit privé; — Cours de droit civil*, 1921, n^os^ 256 et suiv. Luzzato, *La comproprieta nel diritto italiano*, 2 vol.

2. Van Biervliet, *Cours de droit civil*, 1921, n° 256; M. Luzzatto, à la différence de M. Van Biervliet, assimile le sujet de droit collectif à une personne morale (*op. cit.*, t. I, n° 17, p. 25; t. II, n° 21).

individuel qui tend à leur assurer à titre personnel et exclusif une fraction de la valeur économique de la propriété des biens communs. Ce droit individuel c'est le droit au partage [1] ».

Du point de vue de la nature du partage cette analyse de l'indivision — qui a été également exprimée en France, quoique avec beaucoup plus de prudence et de réserve, par le doyen Josserand et par M. Siesse [2] — a une importante conséquence : le partage ne saurait être qu'une opération translative par laquelle la communauté organique rétrocède à chaque héritier le droit de propriété qu'elle tient elle-même directement du *de cujus* : les copartageants sont les ayants cause de l'indivision [3]. Ainsi se trouve formellement contredite la vieille théorie de l'effet déclaratif dont la consécration fictive par le législateur ne se justifie même plus par des raisons d'utilité car la rétroactivité que, logiquement, elle entraîne détruit une situation juridique réelle et respectable.

164. Une telle conception de l'indivision — et, par contrecoup, du partage — est difficilement admissible : elle est en parfait désaccord avec le droit positif français. La jurisprudence relative à l'indivision est fort loin de dépeindre les droits de chaque copropriétaire comme de simples droits de créance; elle affirme, au contraire, que les droits indivis sont de véritables droits réels de propriété limités dans leur étendue par l'exercice des droits concurrents des autres copropriétaires [4]. Et M. Siesse lui-même concède volontiers qu'« il y a peut-être quelque exagération à envisager la copropriété comme la propriété d'une collectivité en déniant ainsi aux communistes tout droit privatif sur la chose commune [5] ».

A plus forte raison, est-il difficile d'admettre la possibilité d'une rétrocession par l'indivision à chaque copartageant de la propriété de chaque bien.

Aussi est-ce une conception différente du partage qu'adopte une partie de la doctrine contemporaine.

1. Van Biervliet, *op. cit.* et *loc. cit.*

2. Josserand, *Essai sur la propriété collective, Livre du centenaire du Code civil*, t. I, p. 357; Siesse, *op. cit.*, p. 417.

3. Siesse, *op. cit.*, p. 417. En ce sens : Van Biervliet, *De la constitution d'hypothèque sur un immeuble indivis, Rép. prat, not. belge*, 1909, p. 264, et p. 32 du tirage à part du même article; Luzzatto, *op. cit.*, p. 155; Josserand, *article précité*, p. 376; Lecocq, Thèse, Paris, 1914, p. 79.

4. Orléans, 21 mai 1859, S. 59.II.591; Agen, 6 août 1852, S. 52.II.428; Civ., 21 juin 1839, S. 39.I.87.

5. *Op. cit.*, p. 463. Voir les critiques de MM. Ionasco, *La propriété d'un bien*. Thèse, Paris, 1930, p. 266 et suiv.; Saleilles, *La personnalité juridique*, t. I, p. 463; Boyer, *op. cit.*, p. 406.

§ 2.

L'ÉLIMINATION DE L'EFFET DÉCLARATIF DANS LE CADRE DE L'ARTICLE 883

Quelle est la nature véritable du partage; quelle est la portée exacte de l'article 883? Telles sont les questions fondamentales auxquelles MM. Chevallier, Le Balle et Veroone ont essayé, dans ces dernières années, d'apporter une solution [1].

165. Reprenant sous un éclairage un peu différent les idées jadis exprimées par Aubry et Rau, ces auteurs soutiennent que le partage n'est ni déclaratif ni translatif.

Pourquoi le partage n'est-il pas déclaratif? Parce que « l'acte déclaratif », aux termes mêmes de la définition d'obédience classique que donne M. Chevallier au début de son ouvrage, « est celui qui se réfère à une situation antérieure qu'il constate sans y apporter de modification [2] ». Or, on ne saurait soutenir que le partage comporte une simple reconnaissance de droits antérieurs car « les droits des copartageants après le partage n'ont ni la même étendue ni la même efficacité qu'avant; au lieu de porter sur tous les biens composant la masse partageable et d'être limités par les droits concurrents des autres copartageants, ils se sont resserrés aux quelques biens formant le lot de l'attributaire, mais ils sont exclusifs [3] ». La répugnance du partage à s'insérer dans le moule de l'acte déclaratif s'explique, d'ailleurs selon M. Chevallier, par des raisons plus générales, par l'incompatibilité radicale qui existe entre le concept d'acte déclaratif, simple reconnaissance de droits antérieurs, et celui de contrat, essentiellement créateur, modificatif [4].

Cependant, s'il n'est pas déclaratif, le partage n'est pas non plus translatif. La théorie qui soutient le contraire « implique une conception de l'indivision qui ne paraît nullement conforme à notre droit actuel. (Elle) suppose que pendant l'indivision chaque indivisaire a un droit de propriété sur chacun des biens de la masse à partager, mais seulement dans la proportion de

1. Chevallier, *op. cit.*; Le Balle, *Cours de droit civil français* de Charles Beudant, par Robert Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, t. V. *bis*, *Les successions ab intestat*, p. 381 et suiv.: Veroone, *Étude sur la nature et le domaine d'application de l'effet déclaratif du partage*. Thèse, Lille, 1946.
2. P. 5; adde : Veroone, *op. cit.*, p. 78.
3. Chevallier, p. 214-215; comp. Le Balle, p. 382, et Veroone, p. 112-113.
4. Chevallier, p. 5.

sa part. C'est la conception romaine, la conception classique. Mais des études récentes et remarquables ont montré combien la jurisprudence s'en est écartée (...) Les droits des indivisaires sont des droits déterminés et il est assez inexact de voir dans le partage un échange de droits indivis (...) » [1].

Si le partage n'est ni déclaratif ni translatif quelle est alors sa nature? C'est un acte juridique autonome, sur la qualification duquel les avis diffèrent légèrement. Pour M. Chevallier « l'acte qui substitue au régime juridique de l'indivision (si provisoire qu'on veuille le prendre en lui-même) celui de plusieurs propriétés distinctes et divisées, opère, par sa nature, un véritable déplacement de droits [2] ». Ce déplacement de droits est le résultat d'un effet original : l'effet *attributif* [3].

Pour MM. Le Balle et Veroone, la qualification d'acte *déterminatif ou liquidatif* serait plus exacte : « Le partage moderne, écrit M. Le Balle, (...) est déterminatif ou liquidatif parce qu'il transforme en vue d'une utilisation définitive et normale une indivision qui ne constituait qu'un expédient précaire [4]. » De son côté M. Veroone précise que « la fonction du fait générateur d'indivision est de transmettre; celle du partage, en tant qu'acte complémentaire du premier, est de déterminer [5] » : le partage détermine le contenu incertain du droit préexistant de chaque copartageant.

Ces auteurs ne se contentent pas d'éliminer le concept d'effet déclaratif du partage sur le terrain doctrinal : l'originalité de leur position consiste à montrer comment l'article 883 du Code civil n'implique pas lui-même nécessairement une proclamation de la nature déclarative du partage et comment ce texte peut fort bien se concilier avec la nature attributive ou déterminative du partage :

« L'article 883, écrit M. Le Balle, n'ayant pas choisi lui-même d'épithète pour désigner un résultat qu'il se borne à énoncer, il n'y aurait que des avantages à adopter une terminologie nouvelle, plus suggestive, si le long usage qui a été fait de l'expression de partage déclaratif ne rendait celle-ci si difficile à déraciner.

« Ce qui ressort tout au moins d'une manière positive du mou-

1. Chevallier, p. 58; Le Balle, p. 382; Veroone, p. 104-105.
2. La citation faite par M. Chevallier est du doyen Gény, *Science et technique* t. III, p. 405; Chevallier, p. 214.
3. Chevallier, p. 214.
4. Le Balle, p. 382.
5. Veroone, p. 110.

*

vement doctrinal postérieur à l'école de l'exégèse, c'est cette idée que l'article 883 qui n'a pas pris parti sur la qualification d'un système technique déterminé, ne traduit pas — dans ses termes — un résultat purement imaginaire et fictif, et qui serait le fruit d'une pure construction du législateur [1]. »

L'essentiel est donc de découvrir le système technique organisé par l'article 883.

Pour M. Chevallier, l'article 883 organiserait un système d'inopposabilité aux attributaires des actes individuels accomplis par leur cohéritier sur les biens indivis; pour M. Le Balle, l'article 883 assurerait techniquement l'indisponibilité individuelle de la masse indivise.

I. — Le système de l' « inopposabilité ».

166. Le droit français devait satisfaire à deux nécessités : d'une part il fallait permettre à chaque héritier de s'assurer du crédit avec sa part héréditaire sans attendre le partage; mais d'autre part il fallait éviter qu'en mobilisant sa part chaque héritier mette en péril la part de ses consorts. Comment l'article 883 résout-il ce problème? « Il n'interdit pas les actes de disposition individuels, ainsi ces actes ne sont pas nuls; mais il évite que ces actes nuisent aux cohéritiers du disposant en les frappant d'inefficacité à leur égard [2] ». Ainsi l'article 883 organise-t-il l'inopposabilité aux copropriétaires qui n'y ont pas consenti, des actes individuels accomplis sur les biens communs par l'un ou plusieurs d'entre eux [3].

Cette analyse de la portée de l'article 883 comporte plusieurs avantages : tout d'abord elle est conforme à la tradition historique qui enseigne que le principe de l'effet déclaratif a été conçu uniquement pour résoudre les conflits entre cohéritiers. Ensuite et surtout, en permettant de supprimer toute référence à la prétendue rétroactivité du partage, cette analyse respecte l'existence de l'indivision. L'inopposabilité n'est que la sanction de l'inorganisation de cette dernière, ou plus précisément de l'absence de pouvoirs des cohéritiers sur la totalité des biens communs; mais elle ne s'oppose pas en principe à l'organisation

1. Le Balle, p. 382.
2. P. 219.
3. Cette théorie avait été soutenue avant M. Chevallier par M. Lebret dans un article de la *Revue critique* de 1928 (p. 407 et suiv.; 475 et suiv.) intitulé : *Du sort des droits consentis sur les biens indivis.*

de l'indivision : ainsi dans la communauté conjugale, indivision organisée, le système de l'inopposabilité de l'article 883 devient sans objet; et ce système disparaît encore lorsque le législateur établit dans l'indivision un principe d'organisation (voir par exemple la loi du 31 décembre 1910 accordant un effet définitif à la constitution d'hypothèque consentie par tous les indivisaires[1]).

***

La théorie de M. Chevallier est d'une rigueur saisissante. Elle constitue dans l'histoire des idées sur le partage un essai de recherche véritablement scientifique; en outre, elle est parfaitement claire et simple. Aussi n'est-il pas étonnant que sa parution ait été saluée avec soulagement comme « une utile réaction contre un abus de construction rationnelle »[2].

L'idée d'inopposabilité qu'utilise l'auteur pour décrire le procédé de protection des attributaires les uns contre les autres est particulièrement séduisante. Elle paraît bien correspondre, en effet, au droit positif [3], tout au moins en ce qui concerne le sort *pendant l'indivision* des actes individuels des cohéritiers : la jurisprudence accueille généralement l'action en nullité des cohéritiers qui n'ont pas participé à l'acte; mais elle ne prononce la nullité qu'à leur égard et maintient l'acte pour la part correspondant au disposant[4]; il s'agit donc bien d'une véritable inopposabilité [5]. Le recours à ce concept est moins sûr lorsqu'il s'agit de qualifier le sort des actes individuels *après le partage :* à ce moment-là, en effet, l'acte antérieurement consenti par un non attributaire n'est plus seulement inopposable à l'attributaire, il est anéanti dans sa totalité et à l'égard du tiers acquéreur, par l'effet d'un phénomène que, bon gré, mal gré, il faut bien qualifier d'effet rétroactif.

Quoi qu'il en soit de cette critique, et si l'on en fait provisoirement abstraction, le système de l'inopposabilité comporte un autre avantage : il traduit fidèlement sur le plan pratique la

1. P. 224-225.

2. Demogue et Gégout, *Rev. trim.*, 1932, p. 1034. Voir également le cours de doctorat sur *Les partages de communauté et de succession* de M. Rouast, Paris, 1941-1942, p. 167.

3. Voir, en sens contraire, les observations de M. Boyer (*op. cit.*, p. 390 et suiv.).

4. Voir Civ., 4 juin 1944, S. 44.I.723; Évreux, 29 oct. 1929, *Rev. trim.*, 1930.144; Trib. civ. Seine, 14 mai 1932, *Rev. trim.*, 1932.1119. — Sur l'évolution de la jurisprudence en ces matières vers la notion d'inopposabilité, voir l'article de M. Durand à la *Rev. crit.*, 1935, p. 16 et suiv.

5. Sur cette notion, voir Bastian, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*. Thèse, Paris, 1929.

nature « attributive » du partage. L'inopposabilité sauvegarde l'intégralité des attributions en l'absence d'une organisation conventionnelle ou légale de l'indivision à laquelle elle ne s'oppose pas en principe, contrairement à l'effet déclaratif.

Mais la position prise par M. Chevallier appelle un corollaire : quel sera, compte tenu de la nature « attributive » — c'est-à-dire ni déclarative ni translative — du partage, le régime juridique de cet acte vis-à-vis des ayants cause des cohéritiers? Logiquement, ce régime doit être autonome, c'est-à-dire exclusif de toute référence aux solutions normalement imposées par l'idée translative ou par l'idée déclarative. Or, c'est précisément sur cet obstacle que se rompt l'harmonieux édifice de M. Chevallier.

M. Chevallier, traitant du problème classique et irritant des rapports entre l'article 883 et les règles du régime de communauté, préconise l'élimination de la solution déclarative, trop injuste. Soit une succession comprenant 100.000 francs de meubles et un immeuble d'une valeur de 100.000 francs; si l'un des deux héritiers, marié sous le régime de la communauté, reçoit en partage, l'immeuble, il devra, d'après la solution adoptée par M. Chevallier, une récompense de 50.000 francs représentant la part qu'il possédait dans les meubles et sur laquelle la communauté avait au jour du décès du *de cujus* les mêmes droits que lui [1]. Une telle solution implique une adhésion formelle à la conception classique de l'indivision (composée de droits de propriété concurrents et matériellement déterminés) et à l'analyse translative du partage que M. Chevallier a cependant soigneusement et clairement rejetées en raison de leur inexactitude... On peut faire un reproche analogue aux solutions qu'il préconise en cas de conflit de l'article 883 avec l'article 563 du Code de commerce ou avec l'article 2252 du Code civil [2]... La contradiction ne se borne pas là : non seulement ces solutions sont en contradiction avec la nature attributive que M. Chevallier reconnaît au partage, mais encore elles compromettent directement la valeur de sa théorie de l'inopposabilité. L'inopposabilité suppose, en effet, que le partage n'est pas translatif : si les copartageants sont les ayants cause les uns des autres, — c'est la solution que M. Chevallier rejette théoriquement, mais que pratiquement, on vient de le voir, il admet —, les actes accomplis sur leur part par leurs cohéritiers doivent nécessairement leur être opposables...

1. P. 107 et suiv.
2. P. 114 et suiv.

Ainsi, M. Chevallier ne parvient-il à éliminer l'effet déclaratif du partage qu'au prix d'une contradiction très grave qui condamne sa théorie [1].

II. — Le système de l' « indisponibilité individuelle de la masse indivise »

167. M. Le Balle, recherchant la signification purement technique du résultat organisé par l'article 883, rejoint, par la solution qu'il apporte, l'interprétation traditionnelle : c'est bien d'une rétroactivité qu'il s'agit. Mais l'originalité de sa position se marque au fondement et aux modalités de fonctionnement qu'il assigne à l'effet rétroactif du partage.

Le fondement de la rétroactivité ne se trouve ni dans l'effet déclaratif — puisque le partage n'est pas strictement déclaratif — ni dans l'effet liquidatif ou déterminatif du partage [2]; il se trouve dans l'inorganisation de l'indivision : « La rétroactivité, — écrit M. Le Balle, — n'existe que dans la mesure où le Code civil est disposé à paralyser les pouvoirs résultant de l'indivision pour les cohéritiers considérés individuellement afin de faire pression sur eux pour qu'ils hâtent la transformation de leur droit inorganisé en un droit de nature divise. Cette indisponibilité, pour les héritiers pris individuellement, des biens compris dans la masse indivise paraît être le résultat vers lequel n'a cessé de *tendre* notre droit positif [3] ».

Mais M. Le Balle laisse entendre que cette indisponibilité individuelle peut fort bien laisser place à une disponibilité collective, et peut être même à une disponibilité individuelle partielle, contre lesquelles la rétroactivité ne jouera pas : « Le partage, écrit-il, peut n'être pas translatif et n'être cependant pas rétroactif, c'est ce qui peut être constaté notamment dans le cadre de la loi du 31 décembre 1910 (art. 2125, alinéa 2 du Code civ.) [4]. »

Ainsi, M. Le Balle paraît-il admettre que le partage détermine pour l'avenir, mais non point pour le passé, les droits des co-in-

1. Voir également les critiques de M. Veroone (*op. cit.*, p. 105 et suiv.) et de M. Boyer (*op. cit.*, p. 389 et suiv.).

2. M. Veroone, au contraire, établit entre l'effet déterminatif et l'effet rétroactif du partage un lien très étroit de cause à effet (*op. cit.*, p. 115) et va même jusqu'à écrire que l'organisation de l'indivision « qui, ainsi que le soulignait M. Vialleton, n'est pas en harmonie avec la thèse de la réalité de l'effet déclaratif, présente aussi une contradiction interne avec la thèse du caractère déterminatif, celle-ci impliquant logiquement la rétroactivité ».

3. Le Balle, *op. cit.*, p. 383.

4. P. 383.

divisaires, et que la rétroactivité du partage a pour seul fondement l'inorganisation actuelle de l'indivision : elle ne s'oppose pas en principe à une organisation partielle ou totale de cette dernière.

Les idées exprimées par M. Le Balle peuvent satisfaire la tendance dominante du droit moderne à l'élimination partielle ou totale de l'effet rétroactif du partage.

Mais cette élimination est-elle vraiment impossible à faire dans le cadre de la notion d'effet déclaratif? Autrement dit, la dissociation esquissée par M. Le Balle entre les concepts d'effet déterminatif et d'effet rétroactif ne peut-elle également s'opérer entre les concepts d'effet déclaratif et d'effet rétroactif? L'équivalence traditionnellement établie entre ces deux notions nous a déjà paru inexacte dans nos développements antérieurs. Sur le plan du partage, sa valeur a été récemment suspectée dans de remarquables travaux qui ouvrent sur la théorie du partage des perspectives nouvelles [1].

Mais la mise en œuvre de ces directives suppose une révision de la conception classique de l'effet déclaratif du partage qui, en supposant que cet acte se borne à constater les droits préexistants des copartageants sans les modifier, ne tient aucun compte de la donnée « déterminative » [2] dont nous acceptons provisoirement le bien-fondé, sauf à la préciser davantage dans nos développements ultérieurs.

1. Hébraud, *La copropriété par appartements*, *Rev. trim.*, 1938, p. 23; voir spéc. p. 62 et suiv.; Hébraud, *Cours de droit civil professé à la Faculté de droit de Toulouse*, 1947-1948, p. 166 et suiv.; Batiffol, notes au S. 1938.I.377 et au S. 1941.I.233; Raynaud, *Cours de droit civil professé à la Faculté de droit de Toulouse*, 1944-1945, p. 250 à 255, et note au S. 1946.II, 101 (spéc. p. 103, 1re colonne); Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, éd. 1948, nos 3123 et 3127. M. Louis de Naurois, ancien chargé de cours des facultés de droit, avait également distingué les notions d'effet déclaratif et d'effet rétroactif dans le cours de troisième année de licence qu'il avait professé à la Faculté de droit de Toulouse en 1939-1940. Nous tenons à le remercier ici d'avoir bien voulu nous communiquer ses notes de cours manuscrites.

2. C'est pour la même raison que les partisans de la théorie réaliste de l'effet déclaratif du partage n'ont pas réussi à édifier un véritable corps de doctrine, mais expriment plutôt une tendance générale en relation avec une certaine « conception d'ensemble des effets du partage » (Vialleton, note au S. 1937.I.5). Voir en particulier l'illustration de cette tendance dans les remarquables et pénétrants travaux sur le droit successoral de M. Vialleton, *Regards sur quelques problèmes d'organisation successorale*, *Annuario di diritto comparato*, vol. XIII, fasc. 5, partie I, p. 296 et suiv.; et les notes au *Sirey :* 1927.I.169 et 1937.I.5; *adde*, *Rev. crit.*, 1937, ex-doctr., p. 465.

En dehors des auteurs déjà cités (cf. *supra*, p. 209, note 1; et ci-dessus, notes 1 et 2), on peut rattacher à la doctrine réaliste les auteurs suivants : Cézar-Bru, *Cours de droit civil* de 3e année de licence professé à la Faculté de droit de Toulouse en 1913; Valentin, Thèse, Nancy, 1902; Vincent, *Les propriétés collectives, l'indivision et l'effet déclaratif du partage*, *Rev. crit.*, 1932, p. 284 et suiv.; Boyer, Thèse précitée, p. 395 et suiv.

CHAPITRE II

LA NATURE DÉCLARATIVE DU PARTAGE

La conception que l'on se fait du partage est logiquement déterminée par une conception préalable du droit indivis : il est, en effet, impossible de préciser la mesure dans laquelle le partage transforme les droits indivis et le mécanisme de cette transformation si l'on ne connaît auparavant la structure de ces droits. Nous avons vu que la théorie classique de l'échange était l'aboutissement logique de l'assimilation du droit indivis à un droit de propriété concrètement déterminé sur chaque parcelle des choses communes; nous avons souligné, d'autre part, que, pour affirmer que le partage est le résultat d'une aliénation effectuée par l'indivision à chaque copartageant, la théorie « néo-classique » assimilait le droit indivis à un simple droit de créance.

En regard de ces deux analyses également inexactes, aucune conception vraiment satisfaisante ne se dresse et, malgré de nombreuses et remarquables études [1], une grande incertitude plane sur la nature juridique du droit indivis.

Il n'est certes pas dans notre ambition de nous attacher à combler cette lacune. Notre désir est plus modeste : il se borne à essayer de dégager les traits caractéristiques de la quote-part indivise de manière à mieux saisir par la suite l'action exercée par le partage sur ce droit.

1. Sur l'indivision, voir : Siesse, *La communauté d'héritiers en droit comparé*. Thèse, Paris, 1922; Lebret. Thèse, Caen, 1922; Vincent, *Les propriétés collectives, l'indivision et l'effet déclaratif du partage, Rev. crit.*, 1932, p. 284; Mongin, *Étude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité, Rev. crit.*, 1890; Flour, *Plus-values et fruits de biens indivis*, S. 1943.I.336; Guillet, *De l'administration des successions indivises*. Thèse, Caen, 1930; Capitant, *Cours de doctorat*, 1928; Ionasco. Thèse, Paris, 1930; Choucry-Cardahi, *La copropriété, Rev. crit.*, 1930, p. 300; Margat, *Rev. trim.*, 1905, p. 255; Hamed Zaki, *Vers une réglementation de la communauté avec indivision en Égypte*, B. S. E. L., 1933, p. 376 et 507; Partheniu, *Le droit social sur les choses, Essai sur la nature des propriétés collectives*. Thèse, Paris, 1909; Bruillard, *De la condition des biens communs et de leur gérance depuis la dissolution de la communauté jusqu'au partage*. Thèse, Paris, 1927; Capitant, *De l'indivision héréditaire, Rev. crit.*, 1924, p. 19 et 84; Capitant, *De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté entre époux, Rev. crit.*, 1929, p. 65.

§ 1.

LA QUOTE-PART INDIVISE

C'est à la puissance juridique qu'il confère à son titulaire que se mesure la nature d'un droit. Aussi commencerons-nous par analyser l'ensemble des prérogatives et des charges qui forment en droit positif la substance du droit indivis.

168. I. — L'originalité du droit indivis tient au fait qu'il confère à son titulaire une liberté d'action totale : tous les actes individuels sur les biens communs lui sont permis; mais ces actes ne doivent pas porter préjudice au droit concurrent des autres copropriétaires. C'est ce que la jurisprudence exprime dans une formule constante lorsqu'elle dit que « chacun des copropriétaires par indivis, a sur la chose un droit complet qui n'a pour limites que le droit égal de chacun des autres communistes [1] ».

Le principe étant donc la liberté complète d'action pour chacun, le problème consiste à cantonner cette activité individuelle à la valeur de la quote-part de chacun sur les objets communs [2]. Le procédé technique employé diffère selon qu'il s'agit des actes matériels ou des actes juridiques.

Les actes matériels se ramènent aux classiques droits d'usage et de jouissance. On sait l'étendue que la jurisprudence s'efforce de donner au droit d'usage, dans la mesure toutefois où ce droit peut s'exercer commodément sur des choses indivises. La Cour de cassation a été jusqu'à admettre la possibilité pour un indivisaire de céder son droit d'usage à un tiers, à la condition que le cédant se dépouille entièrement de son droit au profit du cessionnaire [3].

Mais, ce droit, si étendu soit-il, a des limites : l'indivisaire doit user de la chose conformément à sa destination et il ne doit pas entraver par un usage abusif l'exercice du droit semblable des autres copropriétaires. Il ne peut transformer la chose commune ou faire sur elle des innovations sans l'assentiment de ses consorts, sous peine d'être obligé de remettre la chose en son état primitif.

1. Metz, 6 février 1857, D. 57.II.196; Cass. 28 février 1894, S. 1896.I.209, note Lyon-Caen; Civ. 10 mai 1937, S. 1937.I.191.

2. Nous n'envisageons ici le problème que pendant l'indivision; après l'indivision, c'est l'effet déclaratif du partage qui opère *a posteriori* cette limitation de l'activité individuelle.

3. Cass. 14 nov. 1913, D. 1914.I.154.

Ainsi, pour les actes matériels, le cantonnement de l'activité individuelle s'effectue par des moyens purement matériels.

Il n'en est naturellement pas de même pour les actes juridiques.

169. En dehors du droit un peu négatif — mais très réel cependant — que possède le copropriétaire de s'opposer à tout acte juridique que voudraient accomplir ses consorts, ce qui équivaut en somme à un droit d'administration, le communiste peut accomplir sur tel ou tel bien déterminé des actes conservatoires, des actes d'administration ou de disposition.

Ces actes sont valables, mais, pour éviter qu'ils nuisent aux autres copropriétaires qui ne les ont pas consentis, la jurisprudence les frappe, à leur égard seulement, de nullité partielle. Examinons la technique de la jurisprudence dans les problèmes les plus fréquemment posés : celui du bail et celui de la vente d'un bien indivis.

En ce qui concerne le bail, hormis quelques décisions isolées qui ont prononcé la nullité totale [1], la jurisprudence adopte deux attitudes principales : dans certains cas, elle déclare la demande en nullité du bail, formée par les copropriétaires non parties à l'acte, irrecevable avant le partage, en soulignant qu'elle manque d'un intérêt né et actuel; mais, en même temps, elle ajoute que le preneur ne pourra entrer effectivement en jouissance qu'après le partage si l'immeuble qui a fait l'objet du bail est attribué au bailleur [2]; le bail n'est donc pas nul, mais son efficacité est paralysée pratiquement jusqu'au partage pour ne pas gêner le droit de jouissance des autres copropriétaires.

Dans d'autres cas plus nombreux, les arrêts décident que la demande en nullité est recevable; mais la nullité n'est pas complète; elle ne se produit qu'à l'égard des copropriétaires qui n'ont pas figuré au contrat; les liens entre le bailleur et le preneur sont maintenus jusqu'au partage; la paralysie de l'efficacité du contrat est ici plus complète, elle est juridique [3].

Sous la diversité des solutions se cache une même idée : le contrat est valable *inter partes,* mais vis-à-vis des autres copro-

1. Trib. Évreux 29 octobre 1929, *Gaz. Pal.* 1930.I.220; Trib. Seine 14 mai 1932, *Gaz. Pal.*, Tables, 1930-1935. V° Propriété, n°s 46 et 50. Voir les observations de M. Solus, *Rev. trim.*, 1927-226.

2. Cf. Paris, 27 février 1929, D. 1929.II.75. Ex-doctr. de M. Durand à la *Rev. crit.*, 1935, p. 16 et suiv.

3. Boulogne, 16 décembre 1922, *Rev. trim.*, 1923, 176; Melun, 4 nov. 1926, *Rev. trim.*, 1927, 228; Civ. 4 juin 1844, S. 44.I.723; Trib. civ. Seine 14 mai 1932, *Rev. trim.* 1932, 1119; ex-doctr. Durand précité, *Rev. crit.*, 1935, p. 16 et suiv.

priétaires il est *res inter alios acta ;* en somme il leur est inopposable [1]. On sauvegarde ainsi, d'une part, leur droit actuel de jouissance sur l'immeuble donné à bail et, d'autre part, l'exercice futur et conditionnel de leur droit de propriété sur cet immeuble.

C'est une solution analogue qu'adoptent les arrêts en ce qui concerne le sort de la vente individuelle d'un bien.

A son tour, le contrat de vente est déclaré nul, mais la nullité n'affecte le contrat que pour les parts des copropriétaires qui n'ont pas consenti à l'acte [2]; la jurisprudence justifie cependant cette solution, en soi fort raisonnable, par des motifs qui sont, à juste titre, très critiqués par la doctrine. Elle déclare qu'en ce qui concerne les fractions de l'immeuble sur lesquels le concédant n'a aucun droit, la vente est nulle comme vente de la chose d'autrui. Une telle affirmation n'est pas très exacte car elle se réfère à la conception classique de l'indivision qui considère que les parts sont concrètement déterminées et affectent chaque parcelle de chaque bien commun. En outre, on a très justement souligné que l'action en nullité de la vente de la chose d'autrui est réservée à l'acquéreur, tandis qu'ici elle est exercée par les cohéritiers [3].

Quoi qu'il en soit de la justification jurisprudentielle, il faut retenir le désir des tribunaux de maintenir entre les contractants un lien juridique qui pourra se confirmer ou disparaître selon les résultats du partage [4].

M. Vialleton, dans une note remarquable [5] a mis en lumière le rôle joué indirectement dans ces solutions par ce que l'on pourrait appeler « l'ombre portée » de l'effet déclaratif sur la période même d'indivision. « L'effet déclaratif écrit M. Vialleton, assure à chaque indivisaire une liberté d'action individuelle forcément un peu flottante et aléatoire, réelle cependant, et qui se mesure sur les limites et le contenu probables de l'assignation qui lui écherra au partage. Par suite, si l'article 883

1. Cf. Durand (précité).

2. Bordeaux, 26 avril 1926, D. 1927.II.103, note Minvielle; Trib. civ. Seine 29 avril 1924, D. H. 1924, p. 404, nº 21; Civ. 28 février 1894, S. 96.I.209, note Lyon-Caen; Trib. civ. Seine, 1er juin 1946, *Gaz. Pal.*, 1946.II.20; Civ. 22 nov. 1926, S. 1927.I.169, note Vialleton. Certaines décisions refusent de prononcer la nullité avant le partage. Cf. trib. Termonde, 18 janvier 1936. S. 1937.I.24. Cf. Schicks, *De la vente consentie par un copropriétaire d'une chose indivise, Rev. prat. not. belge*, 1924, p. 619.

3. Cf. Vialleton, note précitée. Durand, ex-doct. précité.

4. C'est la validité de ce lien juridique qui justifie le droit d'intervention au partage de la personne qui a traité avec l'indivisaire.

5. Vialleton, note au S. 1927.I.169.

garantit à chacun des copartageants une sécurité absolue vis-à-vis des autres, il n'est pas sans conférer aux tiers acquéreurs de droits réels qui ne se sont pas assurés une situation inexpugnable, des garanties néanmoins sérieuses à condition qu'il ait été tenu compte approximativement de la part du vendeur et des règles légales qui gouvernent les opérations de répartition. Au point de vue des droits de disposition, l'effet déclaratif implique que les pouvoirs de chacun sont entiers, mais virtuels, et que les aliénations faites sont dès l'origine valables, mais conditionnelles. »

170. II. — Ce bref inventaire des prérogatives et des charges de l'indivisaire fait apparaître le caractère incontestablement réel de son droit, il porte directement et actuellement sur l'ensemble des biens communs et il est doté de toutes les garanties caractéristiques du droit réel puisque, comme on l'a justement souligné, « le droit de veto sans limites et sans restrictions correspond à cette obligation passive universelle avec laquelle on s'est efforcé quelquefois d'identifier le droit réel [1] ».

Mais de quel droit s'agit-il?

Certains auteurs contemporains, jugeant impossible de voir dans ce droit un véritable droit de propriété, préfèrent dire qu'il s'agit d'un « droit réel *sui generis* » [2]. Mais une telle qualification n'est pas très satisfaisante et reste, malgré tout, purement négative.

171. L'explication de la nature juridique de la quote-part paraît au contraire s'imposer d'elle-même. Il est, en effet, bien évident qu'un droit qui comporte toutes les prérogatives du droit de propriété et qui n'est restreint dans son exercice que par des limites provisoires, ne peut être qu'un droit véritable de propriété [3]. Et, à cet égard, la théorie classique contenait une part de vérité. Elle était seulement critiquable dans la mesure où elle considérait que ce droit de propriété était matériellement et concrètement déterminé pendant l'indivision. La cause de cette erreur est lointaine : elle se trouve chez les Romains qui, ne pouvant imaginer l'existence d'une indivision, se figuraient les quotes-parts comme si elles étaient d'ores et déjà individualisées. Cette conception se justifiait d'ailleurs, en partie, en vertu du

1. Siesse, *op. cit.*, p. 466. La jurisprudence a elle-même, à plusieurs reprises, affirmé qu'il s'agit d'un droit réel. Cf. Orléans, 31 mai 1859, S. 59.II.591; Agen, 6 août 1852, S. 52.II.428; Civ. 21 juin 1839, S. 39.I.87.

2. Cf. Ionasco, *La copropriété d'un bien.* Thèse, Paris, 1939; Josserand, article précité, p. 272; Roguin, *op. cit.*, p. 277; Parthenin, Thèse, Paris, 1908

3. Rappr. Boyer (*op. cit.*, p. 403 et suiv.).

principe de la fragmentation immédiate du patrimoine du *de cujus* en autant de masses qu'il y avait d'héritiers.

Mais, de nos jours, le patrimoine du défunt garde sa consistance et son unité jusqu'au partage. De telle sorte que chaque héritier se trouve investi de plein droit au jour du décès d'un droit de propriété, mais d'un droit de propriété à titre universel. L'objet de ce droit est indéterminé parce qu'il porte sur une universalité [1]; il est en quelque sorte fongible, tel ou tel bien, tel ou tel élément du patrimoine commun étant susceptible de le satisfaire, pourvu que sa contenance et sa valeur correspondent à l'étendue théorique du droit qui, elle, est, dès l'origine, fixée par le testament ou par la loi.

La copropriété apparaît donc comme un patrimoine à plusieurs titulaires ou comme une mosaïque de droits de propriétés, entiers dans leurs prérogatives mais forcément entravés dans leur exercice parce que leurs frontières respectives sont indéterminées à l'intérieur d'une masse qui, seule, trace leurs limites communes au regard des tiers [2].

C'est l'indétermination de ces droits qui paralyse matériellement leur efficacité, et c'est leur inefficacité même qui les pousse à se « particulariser » par la mise en œuvre de l'action en partage. Le partage peut donc déjà se définir par sa fonction, qui est de *permettre au droit de propriété de chaque indivisaire de s'exercer complètement et sans entrave*. Mais par quel moyen technique cette fonction se réalise-t-elle? C'est ce qu'il nous faut maintenant examiner.

§ 2.

L'EFFET DÉCLARATIF DU PARTAGE

I. — Le bornage des droits indivis

172. Certains auteurs contemporains, pour expliquer le mécanisme de la rupture de la propriété collective, ont fait appel à l'idée de renonciation abdicative.

Selon M. Boyer, chaque partie au partage ne pourrait obtenir sur les biens mis dans son lot un droit exclusif que grâce à la

1. Cette analyse est également valable pour le droit de l'époux sur la communauté ou pour le droit de l'associé : le contrat de mariage (ou la loi) et le contrat de société confèrent à chacun d'eux un droit à titre universel.

2. Cette conception était celle de Pothier (*Des successions*, chap. IV, art. 5-§ 1; *de la communauté*, IVe partie, chap. II, art. 4).

renonciation abdicative des autres copartageants sur les droits qu'ils possédaient pendant l'indivision sur ces biens; en retour, l'attributaire lui-même renoncerait à son droit indivis sur les biens placés dans le lot des autres. De telle sorte que le partage apparaîtrait dans la réalité des choses comme un acte extinctif du droit dont chaque copartageant se trouvait investi sur les biens qui ne sont pas mis dans son lot. Du même coup, cet acte serait aussi libératoire puisque la disparition des droits concurrents va permettre à l'attributaire de jouir de son droit de propriété d'une manière exclusive [1].

Cette conception n'est pas sans analogie avec les analyses de l'ancien droit aux termes desquelles l'allotissement était considéré comme le résultat de phénomènes d'accroissement et de décroissement [2], ou encore, avec les idées d'Aubry et Rau, pour qui le partage était plus « dévestitif qu'investitif » [3].

Cette analyse nous paraît cependant critiquable dans les deux propositions qu'elle contient : à savoir l'idée de renonciation et l'idée d'effet extinctif du partage.

L'idée de renonciation nous semble inexacte aussi bien psychologiquement que logiquement. Psychologiquement, en effet, les parties n'ont certainement pas le sentiment qu'elles renoncent aux droits qu'elles possédaient pendant l'indivision sur les biens placés dans le lot des autres; si, dans leur esprit, il y a une renonciation, elle ne porte pas sur leurs droits passés, mais plutôt sur tel bien qu'elles n'ont pas choisi parce qu'elles lui en ont préféré un autre. Il s'agit alors de la renonciation qui est implicitement contenue dans l'idée de choix et qui se retrouve dans les opérations courantes de la vie juridique : un acheteur disposé à faire l'acquisition d'un objet d'un prix déterminé est bien obligé, s'il en choisit un, de renoncer à l'autre; la renonciation perd ici tous ses caractères juridiques.

Logiquement surtout, l'idée de renonciation est suspecte : un exemple le fait immédiatement saisir : soit une indivision entre trois frères; chacun a droit à un tiers de l'actif global. Il y a trois immeubles dans la masse dont chacun vaut 100.000 francs. Lors du partage l'immeuble A est attribué à *Primus ;* il correspond exactement à l'étendue numérique et proportionnelle de son droit indivis. Comment supposer alors que *Primus*

1. Cf. Boyer, *op. cit.*, p. 410 et suiv.

2. Cf. Hervé, *Traité des matières censuelles et féodales*, 1785-1788, titre III § 6, *du quint.*, chap. II.

3. Aubry et Rau, *op. cit* et *loc. cit.* Ces auteurs ont même parlé de renonciation. Cf. également en Allemagne : Koch, *Das recht der Forderungen*, III, p. 654 et suiv. (cité par M. Boyer, p. 411).

renonce, même d'une manière purement abdicative à ses droits sur les deux autres immeubles, puisque l'attribution qui lui est faite le « remplit » d'un seul coup dans l'intégralité de ses droits sur la masse? On ne pourrait faire intervenir l'idée de renonciation que si la part théorique de *Primus* était, en réalité, arithmétiquement correspondante, non pas seulement au tiers de la masse, mais à la totalité; il faudrait en outre supposer que la part de *Secundus* et la part de *Tertius* sur la masse étaient aussi chacune arithmétiquement correspondante non pas au tiers, mais à la totalité.

De telle sorte que l'idée de renonciation suppose en réalité que l'indivision n'est pas, comme nous l'avons vu, une juxtaposition de droits de propriété portant sur une étendue commune, mais dont chacun est susceptible d'être satisfait, mais une superposition sur un même objet de droits de propriété dont chacun ne peut être satisfait qu'en excluant complètement l'autre.

Cette analyse montre clairement à quel point le recours à l'idée de renonciation est inexact.

Il est même complètement inutile [1] : puisque du seul fait que le droit de chacun sur la masse est avant le partage, théoriquement et arithmétiquement délimité, lorsque, par le partage, on fait coïncider cette délimitation théorique avec une délimitation matérielle, le copartageant reçoit « son dû »; il n'a nullement besoin de renoncer au reste puisqu'il n'a aucun droit dessus.

Pour les mêmes raisons l'idée d'effet « extinctif » du partage est elle-même douteuse et inutile puisqu'il faudrait supposer qu'il y a un droit à éteindre.

On ne pourrait parler valablement d'effet extinctif que si le droit de propriété du copartageant était directement entravé pendant l'indivision par le droit concurrent des autres : or, ceci n'est soutenable que si l'indivision pouvait être considérée comme un enchevêtrement des servitudes légales ou conventionnelles, le droit de chacun grevant et démembrant le droit de l'autre; le partage serait alors véritablement un acte extinctif de servitude. La réalité, nous allons le voir, est évidemment différente.

173. En réalité, ce n'est pas en supprimant un droit antagoniste que le partage permet au droit indivis de s'exercer complètement, c'est au contraire en lui ajoutant ce qui lui manquait pour avoir une totale efficacité. Or, nous avons vu que cette lacune du droit indivis n'est autre que l'indétermination de ses limites

1. Il est d'ailleurs insoutenable en cas de partage judiciaire.

matérielles au sein de la masse indivise. Dès lors, la véritable fonction du partage apparaît très clairement : le partage est une opération de bornage de propriétés enchevêtrées et contiguës, une opération de délimitation de l'étendue du droit de propriété; il fait coïncider l'étendue matérielle de chaque droit avec son étendue arithmétique et proportionnelle.

Au lieu de planter des bornes, on désigne des biens. Comme dans le bornage ordinaire, la délimitation des propriétés peut être acceptée ou imposée, conventionnelle ou judiciaire. Il se peut, comme dans le bornage avec échange de parcelles, que pour arriver au résultat voulu, les parties utilisent des opérations qui, objectivement, sont translatives : partage avec soulte, licitation; mais le caractère translatif de ces actes est dépassé par leur but qui est de déterminer l'assiette d'un droit préexistant.

La délimitation ainsi réalisée par le partage a indirectement une valeur indicative sur l'origine des divers droits de propriété des attributaires: Du moment que le partage s'effectue sans le secours d'une opération translative, il faut en déduire que chaque attributaire est l'ayant cause direct de la personne qui était propriétaire du bien avant l'entrée de celui-ci dans la masse indivise. C'est ainsi que l'héritier alloti à la suite du partage d'une indivision sucessorale n'est pas nécesairement l'ayant cause du seul *de cujus :* si, par exemple, les biens qui sont mis dans son lot n'ont jamais appartenu au *de cujus* parce qu'ils sont le fruit du remploi d'une aliénation précédente, l'héritier n'est pas sur ces biens l'ayant cause du *de cujus*, mais du tiers précédent propriétaire.

Cette circonstance, d'ailleurs, n'empêche pas l'héritier de demeurer cumulativement l'ayant cause à titre universel du *de cujus :* il y a juxtaposition de deux titres différents, celui *d'ayant cause à titre particulier du tiers* en ce qui concerne les biens reçus; et celui d'*ayant cause à titre universel* du *de cujus* en ce qui concerne tous les autres effets de la succession; cette dernière qualité gardant toute son importance et expliquant notamment comment l'héritier a pu acquérir la propriété du bien étranger (parce que ce bien a remplacé dans la masse indivise une valeur sucessorale originaire sur laquelle le copartageant avait un droit de propriété).

Cette valeur indicative du partage [1] a une importance pratique considérable qui a été généralement mal discernée et qui permet,

1. « Démonstrative », disait Pothier. (*Des fiefs*, II[e] partie.)

nous le verrons, de résoudre des problèmes fort épineux tels que la combinaison de l'effet déclaratif avec les règles du retour légal ou avec la législation des loyers.

II. — Pourquoi le partage est déclaratif

174. On remarquera que, dans une large mesure, nous avons adopté les principales conclusions de la théorie moderne du partage « déterminatif » ou « attributif ».

Mais nous ne pouvons adhérer à cette doctrine qu'en rectifiant son allure générale. On se souvient, en effet, que les auteurs qui soutiennent le caractère déterminatif, ou attributif, du partage enseignent que, de ce fait, le partage est un acte juridique autonome, à mi-chemin entre l'acte translatif et l'acte déclaratif. Ce point de vue est également celui de certains auteurs italiens qui voient dans le partage une variété du *negozio d'accertamento*, c'est-à-dire un acte qui a pour objet la détermination du contenu d'un droit et qui, de ce fait, est « constitutif d'efficacité juridique »[1].

Mais une telle position est déterminée par une référence implicite à la conception classique de l'acte déclaratif selon laquelle ce dernier ne modifie pas la situation antérieure et n'apporte au droit aucun élément nouveau.

Cette théorie que nous avons eu l'occasion de critiquer tout au long de cette étude repose sur une insuffisance d'analyse et enlève au concept d'acte déclaratif toute sa substance.

Du moment que le partage n'est pas translatif, il n'y a aucun inconvénient à dire qu'il est déclaratif. La transformation qu'il opère par rapport à la situation antérieure indique au contraire son utilité véritable et sa force propre. Il est d'ailleurs frappant de constater que Pothier, qui fut le premier à décrire l'effet déterminatif du partage, n'a, semble-t-il, jamais songé à déceler la moindre incompatibilité entre cet effet déterminatif et l'effet déclaratif[2].

La synthèse entre l'effet déclaratif et l'effet déterminatif est, en outre, formellement opérée par M. le professeur Hébraud qui enseigne que l'acte déclaratif ne se borne pas à établir un droit préexistant, mais peut lui apporter quelque chose de nouveau[3].

1. Cf. Cosattini, *Il riconoscimento del figlio naturale*, *op. cit.*, p. 93. Nous analysons plus loin (*infra*, n° 220) la théorie de l'*accertamento*.

2. Pothier, *Traités des propres*, chap. I, § III; *Des successions*, chap. IV, art. 5-§ 1; *De la communauté*, IVe partie, chap. II, art. 4; *De la vente*, VIIe partie art. 6.

3. *Cours*, p. 167.

Mais ce caractère déterminatif du partage nécessite une revision de la conception traditionnelle selon laquelle cet acte serait en tout état de cause rétroactif.

Ce n'est qu'au prix d'une fiction que l'on pourrait soutenir que cet effet déterminatif qui est propre au partage s'est produit en réalité au jour du décès.

C'est ce problème des effets du partage qu'il nous faut maintenant examiner.

*

CHAPITRE III

LE RÉGIME JURIDIQUE DU PARTAGE

SECTION I

DISTINCTION DE L'EFFET DÉCLARATIF ET DE L'EFFET RÉTROACTIF DU PARTAGE

175. Le concept d'effet déclaratif du partage subit traditionnellement, lorqu'il est projetté sur le plan de la technique juridique, une transformation qui se traduit dans la terminologie et dans l'analyse de son contenu substantiel : l'effet déclaratif devient l'effet rétroactif, et tous les effets du partage sont rigoureusement mesurés au gabarit de deux formules complémentaires, tirées de l'article 883 lui-même : chaque copartagé est *censé* avoir toujours eu la propriété exclusive des biens mis dans son lot; mais il est *censé* n'avoir jamais eu aucun droit sur les biens placés dans le lot des autres.

Ces deux formules interviennent essentiellement pour justifier l'opposabilité des résultats du partage aux ayants cause des copartageants, et pour expliquer l'anéantissement des actes juridiques consentis par un non-attributaire sur un bien placé dans le lot d'un de ses consorts.

S'agit-il d'écarter les prétentions de la communauté sur un immeuble attribué par partage à un époux dans une succession qui était composée pour moitié de cet immeuble et pour moitié de meubles? La jurisprudence répond, qu'en vertu de l'effet déclaratif du partage, l'époux attributaire est censé avoir toujours été propriétaire de l'immeuble et n'avoir jamais eu aucun droit sur les meubles [1].

1. Rennes, 9 juin 1928, *Gaz. Pal.*, 1928.II.574; Req. 11 avril 1902, D. 1903. I.465.

S'agit-il de faire tomber les droits consentis par un indivisaire sur un bien qui ne lui est pas attribué par le partage? On répond de la même manière que, n'ayant jamais eu aucun droit sur ce bien, le concédant n'a pu valablement en disposer.

Ainsi, la mise en œuvre de l'effet déclaratif dans le domaine pratique se traduit invariablement par une *antidate* du partage. Tout se passe comme si le partage s'était effectué au jour même du décès du *de cujus*, ou au jour même de l'entrée des biens en indivision lorsqu'il s'agit d'un partage de communauté ou de société. On ne saurait, dans ces conditions, se montrer surpris du caractère fictif que l'ensemble de la doctrine attribue, sinon toujours à l'effet déclaratif lui-même, du moins à son mécanisme [1], puisque les conséquences majeures de l'effet déclaratif, vis-à-vis des tiers, impliquent, dans l'hypothèse la plus favorable, une négation théorique de l'existence de l'indivision et des effets propres du partage, et dans l'hypothèse la plus grave une destruction rétroactive de l'indivision, fondée sur l'antidate du partage. Aussi s'explique-t-on très clairement, que l'évolution des idées sur le partage accuse un affinement progressif de la tendance à éliminer l'effet déclaratif, pour supprimer essentiellement l'effet rétroactif qui, inexorablement, paraît en résulter.

176. Mais il n'est pas certain que cet envahissement du domaine déclaratif par la théorie de la rétroactivité soit imposé par la nature des choses : un examen attentif des deux séries d'hypothèses dans lesquelles on fait intervenir la rétroactivité fait apparaître la source de confusion des deux concepts.

Vis-à-vis des ayants cause des copartageants, la rétroactivité ne doit intervenir que dans la mesure où l'on analyse le partage comme un acte translatif et l'effet déclaratif comme une fiction légale. Reprenons l'exemple classique de l'opposabilité des résultats du partage à la communauté conjugale : l'indivision était composée pour moitié de meubles et pour moitié d'immeubles; l'époux, commun en bien, reçoit tous les immeubles, tandis que son cohéritier reçoit tous les meubles. Si l'on admet que, pour recevoir les immeubles, l'époux a dû renoncer à sa part concrète dans les meubles, et que le partage a été en quelque sorte le résultat d'un échange, il est bien certain que, logiquement, la communauté a droit à une récompense représentant la part du conjoint dans les meubles; autrement dit, ses droits doivent

1. Vialleton, *Regards sur quelques problèmes d'organisation successorale*, article précité, p. 314.

se calculer en fonction de la composition réelle de la masse indivise; et pour faire échec à l'exercice de ce droit en vertu de la théorie légale de l'effet déclaratif, il est nécessaire de nier l'indivision et de reporter la date du partage au jour du décès du *de cujus* : la rétroactivité est imposée par la fiction déclarative. Mais il en va tout différemment si l'on admet le caractère réel de l'effet déclaratif : pendant l'indivision, l'époux avait un droit indéterminé sur l'ensemble de la masse indivise et, de ce fait, les droits de la communauté étaient aussi indéterminés et purement éventuels; le partage, en tant qu'acte déterminatif de ces droits est opposable à la communauté à sa date effective, et pour la seule raison qu'il n'est pas translatif. Le fonctionnement de l'opposabilité ne suppose donc ni la méconnaissance de la structure des droits indivis, ni celle des effets propres du partage sur le contenu de ces droits. L'opposabilité des résultats du partage aux tiers est une pure conséquence du concept d'effet déclaratif.

La complète indépendance de ce concept vis-à-vis de la notion de rétroactivité est, d'ailleurs, plus évidente encore lorsque, sur son seul fondement, le législateur ou la jurisprudence dote le partage d'un régime juridique particulier : l'absence d'effet translatif du partage a été prise en considération pour soustraire cet acte à toutes les conséquences du concept de mutation; l'effet déterminatif du partage et son incidence sur le contenu des droits de propriété ont entraîné, en 1935, sa soumission à la transcription. Nul n'a jamais songé à justifier l'une ou l'autre de ces conséquences directes de l'effet déclaratif par la rétroactivité du partage.

177. Cependant, s'il est incontestable que certains aspects du régime juridique du partage sont la seule traduction concrète du concept d'effet déclaratif, il est par ailleurs difficile de dénier toute influence à la notion de rétroactivité dans la mise en œuvre des autres effets du partage. Le partage remet en cause les actes antérieurement passés sur les biens indivis par les cohéritiers non attributaires; et il faut bien voir, bon gré, mal gré, dans cet anéantissement d'actes juridiques qui avaient, au moment où ils ont été accomplis, un germe de validité [1], les traits essentiels de ce que l'on appelle ordinairement un effet rétroactif.

Mais si cet effet rétroactif est indéniable, le fondement qu'on lui attribue traditionnellement est, en revanche, extrêmement contestable. C'est toujours à l'aide de la formule selon laquelle

1. Vialleton, note au S. 1927.I.169.

le copartageant a toujours eu la propriété exclusive des biens mis dans son lot, et n'a jamais eu aucun droit sur les biens mis dans le lot des autres que l'on justifie l'effet rétroactif; tout se passe comme si le cohéritier qui a hypothéqué, vendu ou loué un immeuble indivis attribué par le partage à un autre, n'avait jamais eu aucun droit de propriété ou de copropriété sur cet immeuble : l'effet rétroactif est fondé sur l'antidate du partage et sur la négation de l'indivision.

Or, il semble que l'anéantissement, ou la confirmation, des actes individuels puisse s'expliquer plus rigoureusement, et sans méconnaître l'existence de l'indivision, par des considérations purement logiques et purement mécaniques, en se plaçant au jour même du partage.

L'anéantissement des actes individuels des non-attributaires est d'abord logiquement imposé par l'absence d'effet translatif du partage : il est la conséquence directe de l'absence d'un lien d'auteur à ayant cause entre le concédant et l'attributaire du bien.

En dehors de ce fondement technique, l'effet rétroactif possède un fondement logique : si l'attributaire était contraint de subir l'effet obligatoire des actes juridiques passés sur ses biens par un de ses cohéritiers, il risquerait d'être dans l'impossibilité de jouir réellement de sa part : il suffirait que son cohéritier ait vendu ce bien, pour qu'il lui échappe au moment même où le partage vient de proclamer son droit de propriété dessus; ou bien il risquerait de voir ce bien saisi et vendu aux enchères si un cohéritier l'avait hypothéqué. D'autre part, si le partage n'entraînait pas la confirmation des actes juridiques que l'attributaire a lui-même passés sur le bien pendant l'indivision, les tiers pourraient se soustraire aux obligations qu'ils ont contractées vis-à-vis de lui.

La rétroactivité apparaît donc comme le prolongement et le complément technique indispensable de l'effet déclaratif du partage, car, sans son secours, ce dernier serait souvent impuissant à remplir jusqu'au bout sa fonction déclarative qui consiste essentiellement à permettre au droit préexistant du copartageant de s'exercer librement et totalement.

178. Mais ce double phénomène de résolutions et de confirmations dont l'objet est mesuré et défini par la détermination du contenu des différents droits de propriété, se produit uniquement pour l'avenir et au jour même où le partage a été effectué; l'effet rétroactif du partage n'implique nullement la méconnaissance de l'indivision et peut même se concilier avec son existence réelle, théoriquement et pratiquement.

Sur le plan théorique, c'est parce que la rétroactivité du partage n'est pas fondée sur l'anéantissement de l'indivision que la jurisprudence a pu tenir compte, dans les règles d'attribution des biens, des fluctuations de la masse indivise jusqu'au partage, en admettant le jeu de la subrogation réelle. C'est pour la même raison que la Cour de Cassation ne se place pas, pour estimer les biens à partager, au jour de l'ouverture de la succession, comme il le faudrait si l'on faisait remonter la propriété exclusive de chaque copartageant au jour du décès. Mais elle se place, au contraire, « au jour le plus proche du partage », c'est-à-dire au jour où commence la jouissance divise [1].

Sur le plan pratique, enfin, il n'est pas non plus impossible de concilier les nécessités de l'effet rétroactif avec les nécessités de l'organisation de l'indivision.

« Tandis que la déclarativité, » écrit à ce sujet M. Hébraud, « tient à la nature de l'acte, la rétroactivité n'est qu'une modalité de ses effets. La première peut donc exister objectivement d'une manière absolue, alors que la seconde peut comporter tous les tempéraments et tous les aménagements pratiques opportuns » ... « La rétroactivité du partage ne sera limitée que dans la mesure où elle entraverait une organisation convenable de l'indivision, mais dans cette mesure cette limitation est parfaitement admissible et nullement en contradiction avec son caractère déclaratif [2]. »

C'est une idée semblable qu'exprime M. Batiffol lorsqu'il écrit que : « l'effet déclaratif doit se composer avec les conséquences de la situation qui lui a donné naissance. Ces conséquences sont chronologiquement, l'organisation de la gestion de la masse et aussi les opérations du partage. Pareille composition n'emporte pas contradiction; dire que l'héritier tient ses droits du défunt est une affirmation sur l'origine du droit; dire qu'il a reçu ses biens à la suite d'une indivision et d'un partage concerne la procédure de gestion et d'attribution des biens : les deux plans sont différents et peuvent, semble-t-il, coexister sans incohérence. On pourrait seulement observer qu'il n'est pas exact de dire que l'effet déclaratif supprime rétroactivement l'indivision, il n'oblige pas à considérer comme

1. Voir Boulanger, *La clause notariale dite de jouissance divise dans les partages de communauté et de succession, Rev. crit.*, 1935, p. 451. — *Adde :* Civ. 11 janvier 1937, S. 1938.I.377, note Batiffol; Civ. 20 novembre 1940, S. 1941. I.233, note Batiffol; Civ. 6 octobre 1942, *Semaine juridique*, 1942, 1794, note Radouant.

2. Hébraud, *Cours de droit civil*, précité, p. 167 et 168 et *Rev. trim.*, 1938, p. 64 et suiv.

non avenus la gestion indivise et le partage puisqu'au contraire, il suppose l'un et l'autre [1] ».

Les suggestions de MM. Hébraud et Batiffol prennent une force singulière si l'on songe que le droit positif contient déjà des exemples particulièrement instructifs de limitation de l'effet rétroactif du partage : La communauté conjugale, indivision organisée, ne connaît pas l'effet rétroactif tandis que l'effet déclaratif lui est normalement reconnu [2].

Le législateur a même supprimé l'effet rétroactif du partage successoral dans le cas où tous les coindivisaires ont concouru à la constitution de l'hypothèque d'un bien commun (Loi du 31 décembre 1910).

D'autre part, la limitation du jeu de l'effet rétroactif est faite par la jurisprudence, en dehors du partage, à propos de tous les actes juridiques, en ce qui concerne les actes d'administration [3]. On ne voit donc pas pourquoi ce principe général du droit positif ne serait pas appliqué dans le partage où il aurait, outre l'avantage de protéger les tiers, celui de permettre l'organisation de l'indivision.

Mais la mesure dans laquelle il faudrait tempérer la rétroactivité du partage doit être dosée avec le plus de précision possible. Il faut éviter, en l'absence d'une organisation légale de l'indivision, que la restriction exagérée du fonctionnement de l'effet rétroactif ne porte atteinte à l'utilité incontestable que nous avons reconnue à ce dernier comme complément logique de l'effet déclaratif.

D'utiles renseignements pour la recherche de ce critère nous seront donnés par l'étude des efforts fournis par la jurisprudence pour organiser l'indivision *a priori*; c'est-à-dire, au cours de son fonctionnement. Nous essayerons, sur leurs bases, de dégager une formule d'organisation *a posteriori* de l'indivision, par la limitation de l'effet rétroactif du partage.

C'est ce problème que nous étudierons dans la troisième section de ce chapitre, après avoir décrit les conséquences propres de l'effet déclaratif du partage.

1. Batiffol, note au S. 1938.I.377.
2. Planiol, Ripert et Boulanger, t. III, nº 979.
3. Cf. spéc. Eygout, *L'effet rétroactif de la condition*. Thèse, Paris, 1922, p. 149 et suiv.

SECTION II

LES CONSÉQUENCES DE L'EFFET DÉCLARATIF DU PARTAGE

Les traits principaux de la notion d'effet déclaratif apparaissent si l'on se réfère aux deux caractéristiques principales que nous avons reconnues au partage : il ne comporte pas de mutation de propriété, mais il permet au droit de propriété de chaque indivisaire de s'exercer désormais librement et totalement en déterminant son assiette.

Un certain nombre de conséquences pratiques sont logiquement imposées, à l'égard des parties et à l'égard des tiers, par chacun de ces deux caractères.

SOUS-SECTION I

Les conséquences de l'effet déclaratif à l'égard des parties.

Certains aspects du régime juridique du partage s'expliquent par la seule référence à l'absence d'effet translatif de cet acte; d'autres puisent leur raison d'être dans son effet déterminatif.

§ 1.

LA SOUSTRACTION DU PARTAGE AU RÉGIME DES ACTES TRANSLATIFS

179. L'une des conséquences les plus inéluctables de l'absence d'effet translatif du partage c'est que cet acte ne peut pas être invoqué comme juste titre, permettant de prescrire par dix ou vingt ans dans les conditions requises par l'article 2265 du Code civil [1].

1. Cf. Civ. 24 avril 1850, S. 50.I.513; Cass., 10 décembre 1845, S. 1846.I.45; Civ. 12 novembre 1833, S. 33.I.825; Paris, 15 janvier 1935, *Rev. trim.*, 1935, p. 401. Commentaire de M. Solus. Aubry et Rau (t. X, p. 214, texte et note 31) enseignaient que cette solution se justifie par des raisons indépendantes du caractère déclaratif du partage.

Le juste titre est, en effet, par nature un acte translatif : c'est « un titre qui, considéré en lui-même et abstraction faite du point de savoir s'il émane du véritable propriétaire ou d'une personne capable d'aliéner avait pour but de transférer la propriété ou le droit réel qu'il s'agit de prescrire [1] ».

180. Il faut déduire de l'absence d'effet translatif du partage qu'il ne peut offrir de prise au retrait ou au droit de préemption.

Le retrait se conçoit seulement contre un acte translatif, puisqu'il a pour but de faire échec à un déplacement de droits [2].

Cette conséquence est tellement évidente qu'on ne trouve pas, du moins à notre connaissance, de décisions qui aient eu l'occasion de la formuler.

En revanche, dans le domaine législatif, le développement moderne du droit de préemption a amené le législateur à préciser, à cet égard, le régime du partage. C'est ainsi que le droit de préemption de l'Administration de l'Enregistrement, institué par l'article 34 de la loi du 31 décembre 1941 à l'occasion des mutations à titre onéreux, est inapplicable en cas de partage [3].

Le sort réservé au partage par la loi du 13 avril 1946 portant statut du fermage est plus complexe.

En principe, le partage n'est pas compris dans les opérations qui sont soumises au droit de préemption du preneur, établi par l'article 13. Mais la loi pose arbitrairement certaines conditions spéciales : il faut qu'il s'agisse d'un partage amiable, ce qui exclut la licitation de la bienveillance de la loi. En outre, même quand il s'agit d'un partage amiable, il faut que l'attributaire du bien rural soit un parent ou un allié du bailleur jusqu'au troisième degré inclusivement. C'est, semble-t-il, ce qui ressort de la lecture un peu compliquée de l'article 13 de la loi.

Ainsi échappent au droit de préemption du fermier les partages amiables (même avec soulte) qui profitent à un parent ou allié du bailleur jusqu'au 3e degré; sont soumis au droit de préemption les licitations et les partages amiables dont les bénéficiaires ne sont parents du bailleur qu'à partir du 4e degré [4]. Dans ces derniers cas, la loi méconnaît le caractère déclaratif du partage;

1. Planiol, Ripert et Picard, *Traité pratique*, t. III, les biens, n° 701.
2. Cf. Chevallier, *op. cit.*, p. 29; Planiol, Ripert et Hamel, t. X, n° 317; Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, *Traité pratique*, t. IV, nos 553 et 554.
3. Cf. J. L. au J. C. P., 1947.I.608.
4. Cf. Savatier, *Le nouveau régime du droit de préemption du fermier*, J. C. P., 1946.I.51; Ourliac et de Juglart, *Fermage et métayage*, 2e éd., 1948, nos 90 et 91.

mais cette exception n'altère nullement les principes; elle se justifie, en dehors de tout raisonnement logique, par une politique de socialisme juridique.

181. Le partage ne réalisant pas une aliénation peut être valablement accompli par la femme dotale ou par le failli au cours de la période suspecte.

La dot est inaliénable pendant le mariage. Mais le partage est un acte simplement déclaratif. Aussi la jurisprudence décide-t-elle que « les femmes mariées sous le régime dotal peuvent, comme tous autres héritiers majeurs, procéder à un partage des biens qui leur sont échus à titre successif : un tel partage ne saurait être considéré comme une aliénation indirecte du bien dotal [1] ».

Dans le même ordre d'idées, au regard de l'article 446 du Code de commerce qui déclare nuls tous les actes translatifs de propriété accomplis par le failli pendant la période suspecte, il faut décider que le partage réalisé dans ces conditions est valable [2].

182. Lorsque une loi prévoit que les mutations de propriété immobilière sont subordonnées à une autorisation judiciaire ou administrative, les partages doivent échapper en principe à cette surveillance.

Il en était ainsi sous le régime de la loi du 16 novembre 1940, aujourd'hui abrogée [3].

Il en est ainsi, à l'heure actuelle, en ce qui concerne l'application de la loi du 28 octobre 1946, qui soumet à l'autorisation du tribunal civil les mutations entre vifs de biens sinistrés, pour éviter les spéculations sur le droit à indemnité. Une circulaire du garde des sceaux expose que « les partages qui, par application de l'article 883 du Code civil, n'entraînent pas un transfert de propriété », mais qui ont simple effet déclaratif, ne paraissent pas visés par l'article 33 de la loi [4].

183. Le partage, au point de vue fiscal, ne doit pas être traité de la même manière qu'un acte translatif [5].

Cette idée, néanmoins, ne doit pas être entendue d'une manière

1. Caen, 9 mars 1939, S. 39.II.351; Bordeaux, 29 avril 1856, S. 57.II.54; Req. 31 janv. 1859, S. 60.I.351; *contra :* Req. 23 août 1830, S. 30.I.394; Rouen, 24 avril 1828, S. 28.II.190, inspiré par l'idée selon laquelle l'effet déclaratif n'est qu'une fiction.

2. Cf. Pau, 28 février 1878, S. 79.II.21.

3. La loi du 8 septembre 1941 prévoyait cependant que les partages de société étaient soumis à l'autorisation administrative dans certaines hypothèses.

4. Cf. D. 1947.IV.I.122.

5. Cf. Mouras, *L'action du droit fiscal sur l'effet déclaratif*. Thèse, Nancy, 1939.

rigide car le droit fiscal a une vision très spéciale de la nature juridique des institutions. Il s'arrête souvent aux apparences tandis que le droit civil va au fond des choses.

C'est pourquoi le caractère déclaratif du partage n'est ici pris en considération que s'il s'agit d'un partage en nature : ce dernier est exempt du droit de mutation; il est simplement frappé depuis 1893 d'un droit proportionnel qui est aujourd'hui de 0,50 % (art. 437 du Code d'Enregistrement).

La soulte, au contraire, revêt aux yeux du fisc toutes les apparences d'un prix de vente : aussi donne-t-elle ouverture à un droit de mutation entre vifs (art. 438 et 439 du Code d'Enregistrement). Quant à la licitation, on sait que la loi fiscale se montre à son égard extrêmement sévère. L'Enregistrement perçoit sur « les parts acquises », c'est-à-dire sur la fraction de valeur de l'immeuble qui excède la quote-part de l'héritier acquéreur sur la masse indivise, le droit de mutation [1]. La pratique s'est efforcée de lutter contre cette exigence en insérant dans le cahier des charges, la fameuse clause d'attribution dont l'économie et les tribulations ne sauraient être examinées ici [2].

Toutes les conséquences de l'effet déclaratif du partage que nous venons d'énumérer sont négatives, et s'obtiennent par une simple contradiction avec le statut général de l'acte translatif.

Mais le partage, en raison de son caractère déterminatif, est pourvu d'un régime juridique propre qu'il nous faut maintenant examiner.

§ 2.

LE PARTICULARISME DU RÉGIME JURIDIQUE DU PARTAGE

Le partage n'est pas sans influence sur le statut des biens qui lui sont soumis. Il transforme le mode de propriété des biens. Aussi n'est-il pas étonnant qu'un certain nombre d'institutions qui, généralement sont inféodées à l'acte translatif, se retrouvent dans le partage. Mais dans ce milieu particulier, elles prennent un fondement différent, parfois même un aspect particulier, dus au caractère déclaratif de l'acte.

1. Cf. Chassonnery, *Le régime fiscal de la licitation*. Thèse, Paris, 1927.

2. Cf. à ce sujet : Palmade, *La clause d'attribution*, *Rev. crit.*, 1912, p. 273; Fournier, thèse, Lille, 1932; Vialleton, note au S. 1930.I.201; Savatier, *Rép. prat. notariat*, 1932, n° 22975.

184. Le partage requiert des conditions de capacité spéciales.

Le partage est un acte important puisqu'il précise et fixe le contenu du droit de propriété. Ce n'est pas un acte d'aliénation, mais c'est plus qu'un acte d'administration : la personne qui procède à un partage doit apprécier en premier lieu son opportunité; elle doit ensuite, dans la mesure où le partage est amiable, choisir tel bien plutôt que tel autre, consentir ou refuser telle ou telle opération proposée par ses consorts pour mettre fin à l'indivision, estimer avec exactitude la composition des lots.

Aussi n'y a-t-il pas lieu de s'étonner que le législateur ait prévu des conditions de capacité spéciales. Cette mesure n'est nullement incompatible avec le caractère déclaratif du partage comme l'ont parfois soutenu certains partisans de la fiction : bien au contraire, elle a pour fondement immédiat l'effet déterminatif du partage.

Il s'agit véritablement d'une capacité spéciale au partage qui n'est pas tout à fait celle qui est normalement requise pour les actes d'aliénation ou celle qui est requise pour les actes de disposition [1].

Les mineurs et interdits doivent, pour provoquer le partage, avoir une autorisation du conseil de famille (art. 465, Code civil, art. 817, alinéa 1 et 840) mais l'homologation de cette autorisation n'est pas nécessaire [2].

Les mineurs émancipés agissent avec la seule assistance de leur curateur (art. 840 C. c.).

Les personnes pouvues d'un conseil judiciaire ont besoin de l'assistance du conseil [3].

Les aliénés non interdits, placés dans un établissement d'aliénés ne peuvent procéder au partage que si le Président du Tribunal a commis un notaire (loi du 30 juin 1938, art. 36).

185. Le partage ayant pour but de préciser le contenu des différents droits de propriété préexistants requiert des parties une bonne foi renforcée [4].

Dans les échanges normaux de la vie juridique, une certaine marge d'élasticité dans les consciences des contractants est

1. Cf. Beudant, Lerebours-Pigeonnière et le Balle, *op. cit.*, nº 667; Josserand, t. III, nº 1076.

2. Si plusieurs mineurs représentés par le même tuteur viennent à la même succession, chacun sera pourvu d'un tuteur spécial s'ils ont des intérêts opposés (art. 838).

3. Rennes, 3 janvier 1880, D. 1880.II.254.

4. Voir Bartin, note au D. 1899.II. 481.

admise parce qu'elle est la condition même du commerce. Dans le partage au contraire, la mauvaise foi a pour conséquence de diminuer la part à laquelle le copartageant qui en est victime avait légitimement droit en vertu de son titre de propriété préexistant.

C'est pourquoi une certaine atmosphère de droit pénal entoure les relations des parties : on constate dans la jurisprudence une tendance très caractéristique à entendre très largement la notion de recel successoral que certains auteurs voudraient assimiler très strictement au « divertissement », c'est-à-dire subordonner à la nécessité d'une appréhension matérielle des valeurs successorales par l'héritier [1].

La jurisprudence dans des formules qui n'ont pas varié depuis le XIXe siècle définit au contraire le recel comme « toute fraude commise sciemment en vue de rompre l'égalité entre copartageants [2] ». La notion du recel, et par conséquent sa sanction (privation de part du recéleur dans les objets recélés), est ainsi étendue aux manœuvres constitutives de dol, telles que l'usage d'un faux testament [3] (dol positif) ou la dissimulation de donations rapportables ou réductibles [4].

186. C'est encore au caractère déclaratif qu'il faut attribuer la physionomie très particulière de la théorie des vices du consentement dans le partage. Elle subit dans cet acte une véritable déformation par rapport au droit commun.

Dans l'acte translatif, la volonté est toute puissante; c'est elle qui modèle à son gré le contenu du contrat. Il s'agit d'un déplacement volontaire de valeurs, d'un échange au sens strict ou au sens large. Aussi la force et la stabilité de cet acte sont-elles subordonnées à l'efficacité du consentement des parties.

Au contraire, le partage n'est pas un contrat ordinaire [5]. Son contenu échappe dans une large mesure à la volonté des parties. Il précise simplement l'assiette et l'étendue d'un droit de propriété dont les contours sont déjà théoriquement déterminés par un acte juridique antérieur.

Toutes ces particularités contribuent à influencer d'une manière très originale le régime de la stabilité du partage qui n'est

1. Vialleton, note au S. 1925.I.57.
2. Req. 4 juin 1890, S. 93.I.500; Req. 6 juin 1894, S. 97.I.124; Req. 5 févr. 1895, S. 97.I.125; Req. 28 juill. 1920, S. 1921.I.174; Req. 24 déc. 1924, S. 1925.I.57, note Vialleton.
3. Civ. 15 avril 1890, S. 90.I.248; Req. 5 févr. 1895, précité.
4. Civ. 16 juill. 1913, S. et P. 1914.I.347.
5. Boulanger, note au D. 1946.J.301.

pas subordonné au premier chef à la régularité du consentement des parties.

Le partage, une fois attaqué, doit subir l'épreuve de deux vérifications successives : la répartition est-elle déséquilibrée? Ce déséquilibre ne peut-il être rétabli par d'autres procédés que l'anéantissement du partage? Telles sont les deux considérations qui s'imposent toujours à l'esprit du législateur ou du juge.

I. — Le premier critère de la stabilité du partage c'est la confrontation de son résultat avec les droits théoriques et préexistants des parties :

a) l'admission de la lésion dans le partage est à cet égard très significative. Dans les contrats ordinaires, la lésion est difficilement prise en considération parce que les parties sont pleinement créatrices du contenu de leurs obligations et sont responsables de leurs engagements. Dans le partage au contraire, il faut tendre à l'exacte, ou tout au moins, à la plus approximative adéquation de la répartition avec la quotité théorique des droits préexistants. Le législateur, tenant compte des inévitables erreurs de précision, laisse une marge, le quart; mais au-dessus du quart, il y aura rescision. Comme on l'a écrit très justement, « accorder l'action en rescision au copartageant, ce n'est pas faire autre chose que consacrer la maxime » : « erreur n'est pas compte [1] ».

b) c'est cette considération essentielle qui préside à l'organisation très particulière de la théorie des vices du consentement dans le partage. La terminologie adoptée par le Code est symptomatique : l'article 887 stipule que « les partages peuvent être rescindés pour cause de violence ou de dol ». On remarquera qu'il n'emploie pas le mot « annulés ». Ces nuances grammaticales ne sont pas purement fortuites. C'est que la rescision est la sanction appropriée de la lésion, et la nullité celle du vice du consentement.

L'omission de l'erreur dans l'énumération des vices du consentement n'est pas moins significative : c'est que l'erreur dans le partage est, le plus souvent, une erreur sur la valeur et qu'elle « se confond avec la lésion [2] ». L'omission du Code n'est donc pas intentionnelle comme on s'est longtemps plu à le souligner. Elle est liée à cette idée fondamentale que les vices du consentement ne sont pris en considération dans le partage que si la liquidation est déséquilibrée [3].

1. Hayem. Thèse, Paris, 1899, p. 76.
2. Aubry et Rau, t. X, 626, texte et note 10; Boulanger, note au D.1946. J.301.
3. Voir Savatier ex-doctr., *Rev. trim.*, 1944, p. 129; *Rev. trim.*, 1947, p. 346.

C'est d'ailleurs ainsi que l'entend la jurisprudence qui refuse d'accueillir une action en nullité ou même en rectification fondée sur un vice du consentement si aucune lésion n'en est résulté [1]. Cette exigence est, d'ailleurs, très rationnelle : de quoi se plaindrait le copartageant si ce n'est de n'avoir pas reçu exactement son dû?

Mais lorsque cette condition essentielle se trouve réalisée, le vice du consentement est pris en considération et il retrouve toute son utilité, principalement pour sanctionner les déséquilibres inférieurs au quart qui échappent à la rescision pour lésion. D'autre part, il détruit une présomption toujours possible de libéralité d'un copartageant au bénéfice de ses consorts.

Aussi dans cette perspective, la jurisprudence sanctionne-t-elle non seulement la violence et le dol [2], mais l'erreur elle-même. Toutes les erreurs, en effet, dans le partage ne sont pas des erreurs portant directement sur la valeur des biens.

Elles peuvent porter soit sur la quotité des droits des copartageants, soit sur la qualité des biens à partager; les concrétisations matérielles de ces erreurs sont diverses : un testament découvert après le partage avantage l'un des héritiers qui n'est venu au partage que comme successible; ou bien on a omis un héritier; ou bien on a admis un non-héritier, ou encore on a exécuté un testament nul; on a mal interprété les clauses d'un testament; ou encore, on a compris dans la masse partageable des biens qui appartenaient à un tiers ou même à un héritier.

Ce sont ces diverses hypothèses que vise la jurisprudence lorsqu'elle parle « des cas spéciaux et très exceptionnels [3] » dans lesquels l'erreur a une influence sur la stabilité du partage. C'est que dans ces cas particuliers l'erreur « a faussé l'ensemble des opérations du partage [4] », elle a entraîné la réalisation du

1. La lésion est entendue ici au sens large. Voir, pour cette exigence en cas de dol et de violence : D., *Rép. prat.*, v° Succession, n° 1467. « Le dol et la violence ne sont pas des motifs suffisants pour faire prononcer la rescision du partage si le cohéritier qui le demande n'a éprouvé aucun préjudice. Mais le plus simple préjudice autorise en pareil cas l'action »; voir aussi : Req. 5 juin 1811, D. *Rép. prat.*, v° Succession, n° 2187, qui approuve un arrêt qui, avant de se prononcer sur une action en nullité de partage pour dol. avait ordonné avant dire droit une expertise des biens partagés. En matière d'erreur, cf. Civ. 3 mai 1852, D. 52.I.143 (motif implicite) et Bordeaux, 20 mai 1885, *Gaz. trib.*, 19 août 1885 (motif implicite).

2. En ce qui concerne le dol : Lyon, 28 nov. 1930, D. H. 1931.13; Req. 23 mai 1933, D. P. 1933.I.143, rapport P. Dumas; Nancy, 28 janv. 1925, *Gaz. Pal.* 1925.I.588; Toulouse, 30 août 1837, S. 1838.II.384.

3. Cf. Civ. 26 octobre 1943, D. 1946.J.301, note Boulanger.

4. Cf. Cour d'appel Douai 24 mars 1947, *Gaz. Pal.*, 1947.I.149. *Rev. trim.*, 1947, p. 346.

partage sur des bases inexactes et, de ce fait, entraîné le plus souvent un préjudice. Aussi la jurisprudence dit-elle fort justement que l'erreur a porté sur la substance même du partage : il y a fausse cause. Cette formule est apparue, pour la première fois, dans un arrêt de la Cour Royale de Besançon du 1er mars 1827 qui disait « que la substance de la convention de partage a pour objet la détermination de cette chose incorporelle qu'est le droit héréditaire, la détermination des choses auxquelles le cohéritier sera censé avoir succédé seul au défunt, enfin, la garantie réciproque des lots » [1].

Depuis cet arrêt initial, la jurisprudence n'a jamais varié dans ses solutions, [2] mais s'est simplement efforcée d'apporter à la définition de la cause du partage une précision plus rigoureuse qui semble devoir à l'avenir, se cristalliser autour de l'excellente formule inspirée à un arrêt récent par M. Boulanger : « La cause d'un partage, proclame la Cour d'Appel de Douai, c'est la volonté chez chaque copartageant de recevoir dans son lot pour y affirmer un droit privatif l'équivalent de la quote-part qu'il possède sur l'ensemble des biens indivis [3]. »

Mais il ne suffit pas, pour entraîner la nullité du partage, que la répartition soit déséquilibrée et sans cause. La sanction de la lésion au sens technique, ou de la lésion au sens large, engendrée par un vice du consentement (fût-il la violence) n'est pas nécessairement l'annulation du partage. Ici encore la théorie des vices du consentement subit une déformation.

II. — La loi offre toute une gamme de procédés susceptibles de rétablir l'équilibre et la jurisprudence en use largement.

Chaque fois qu'il sera possible d'éviter de recommencer le partage, on aura recours à une simple rectification du partage déjà consommé. Lorsque ce sera impossible, on procédera alors à l'anéantissement du partage au moyen de la nullité ou de la rescision. Mais ce sera là un moyen subsidiaire.

Sans doute l'application de ces idées générales doit-elle s'inspirer surtout des cas d'espèces : mais il n'est pas impossible d'essayer d'opérer une discrimination de principe.

1. Besançon, 1er mars 1827, S. 1828.II.141.

2. Grenoble, 24 juill. 1830, S. 31.2.95; Bordeaux, 21 avril 1858, S. 58.2.486; Req. 21 mars 1922, D. P. 1923.I.60; Civ. 17 nov. 1930, D. P. 1932.I.161, note Laurent, S. 1932.I.17, note Breton; Req. 23 mai 1933, D. H. 1933.361. — Voir aussi : Bourges, 9 févr. 1912, S. 1917.2.121, note Hugueney; Alençon, 4 juill. 1933, *Gaz. Pal.* 1933.2.646 (dans ces deux dernières espèces, la preuve de l'erreur n'était pas rapportée); Douai, 24 mars 1947, *Gaz. Pal.* 1947.I.149; *Rev. trim.* 1947, 346.

3. Douai, 24 mars 1947, précité. Rapprochez Boulanger, note précitée, p. 304, fin de la page.

a) Il y a lieu à une simple rectification quand un complément de partage n'est pas susceptible de laisser subsister une lésion quelconque. On fait alors appel à la fongibilité de la masse et on évite l'anéantissement du partage, même s'il y a eu lésion ou erreur sur la substance.

En ce qui concerne le partage atteint de lésion de plus du quart c'est l'article 891 qui prévoit lui-même que « le défendeur à la demande en rescision peut en arrêter le cours et empêcher un nouveau partage en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire soit en numéraire, soit en nature ».

Lorsque la lésion a son origine dans un vice du consentement, la rectification est, dans certain cas, obligatoire et la nullité *a priori* écartée, même si la victime n'est pas consentante.

C'est l'article 887, paragraphe 2 qui déclare que « la simple omission d'un objet de la succession ne donne pas ouverture à l'action en rescision mais seulement à un supplément de partage ».

La jurisprudence entend très largement ce texte [1] et certains arrêts l'ont appliqué dans des cas où il n'y avait pas eu, en réalité, omission véritable d'objet mais lésion de moins du quart provenant d'une erreur sur la valeur du bien, c'est-à-dire erreur sur la substance : la part d'un héritier dans la masse s'élevant à 400.000 francs, on lui attribua dans le partage un domaine de 386 hectares, expertisé à 500 francs l'hectare ; mais il s'aperçut, après le partage, que le domaine n'avait que 282 hectares. La Cour de Paris décida que « le déficit d'un objet dans le lot d'un cohéritier peut s'assimiler à l'omission d'un objet de la succession dans le partage » et ordonna que le déficit serait comblé par une indemnité qui, disait-elle, « n'est autre chose qu'un supplément de lot en nature ou en argent ». La Chambre Civile, dans son arrêt du 8 novembre 1826, approuva cette décision [2].

C'est à des procédés analogues que l'on recourt lorsque l'on a admis au partage une personne qui n'était pas héritière et, par conséquent, n'avait aucun droit sur les biens reçus : les copartageants ont à leur disposition l'action en pétition d'hérédité contre le tiers et lorsqu'ils ont récupéré les biens, procèdent à un complément de partage.

Enfin, lorsque l'on a compris dans le partage des biens qui, en réalité appartiennent à un tiers, la loi fournit elle-même le moyen de rétablir l'équilibre grâce à l'obligation de garantie entre copartageants (art. 886).

1. Lyon, 23 mai 1868, D. 69.II.112.
2. Cf. Civ. 8 nov. 1826, S. 1825-1827.I.444.

*

b) Mais ces rectifications sont parfois insuffisantes à rétablir l'équilibre lorsque les bases même du partage ont été complètement faussées, ce qui remet en cause non seulement l'attribution faite à un cohéritier en particulier, mais toutes les attributions.

Il faut alors anéantir le partage et le recommencer. Il y a lieu à rescision ou à annulation. C'est dans ces hypothèses dont la détermination ne peut être faite que pour chaque cas envisagé séparément que la jurisprudence, en dehors de la lésion, donne aux vices du consentement toute leur valeur.

187. Certains auteurs ont tiré argument de l'existence d'une obligation de garantie entre copartageants pour démontrer le caractère translatif de cet acte [1].

Cet argument tombe si l'on songe que la garantie peut avoir un fondement différent de celui qu'elle possède dans les actes translatifs. Elle se rattache ici au principe de l'égalité et de la solidarité des copartageants sur une même masse. Ils subissent aussi bien ses augmentations de valeur que ses diminutions; mais il faut que tous y participent. La garantie n'est que l'application de cette idée et elle est en liaison directe avec le fait qu'une indivision a existé.

188. La présence dans le partage du privilège du copartageant n'est pas plus surprenante. On remarquera qu'il s'agit d'un privilège spécial qui n'est pas celui du vendeur (art. 2103 al. 3 et art. 2109). Son fondement se trouve aussi dans le désir de maintenir l'égalité entre copartageants : lorsque l'un d'eux a reçu un bien dont la valeur totale excède sa part indivise, il doit verser à ses cohéritiers une soulte représentant la différence. Cette soulte est une valeur successorale et si elle n'était pas effectivement versée, l'égalité serait rompue. La loi donne alors aux créanciers de la soulte un privilège pour garantir le paiement.

189. Au même ordre d'idées se rattache la jurisprudence qui valide les clauses de résolution pour inexécution comprises dans un partage [2] ou les clauses de folle enchère insérées dans le cahier des charges de licitations [3].

1. Laurent, *op. cit.* et *loc. cit.*

2. Civ. 6 janv. 1846, S. 46.I.120; Req. 5 août 1902, D. P. 1902.I.436; Paris, 24 novembre 1925, D. H. 1926.153; Req. 2 janvier 1884, D. 84.I.315; Desserteaux, p. 297.

3. Aix, 3 décembre 1931, D. H. 1932, Somm. 31; Alpes-Maritimes, 29 juin 1929, D. H. 1931, Somm. 7; Req. 15 juillet 1931, D. H. 1931.I.161; Savatier, Paris, 24 novembre 1923, D. H. 1930.153; Bourges, 13 janvier 1845, S. 46.II.407; Req. 13 avril 1891, S. 95.I.308.

Du moment que le partage contient une soulte il se rapproche de la convention ordinaire génératrice d'obligations et n'est pas absolument incompatible avec l'esprit général de la résolution.

190. C'est en vertu des mêmes principes qu'il faut interpréter la loi du 29 juin 1935 [1] qui accorde des délais de paiement, ou qui consent une réduction du capital de la dette pour cause de lésion de 33 %, aux personnes qui ont acquis des fonds de commerce entre le 1er juillet 1926 et le 29 juin 1935.

La question s'est posée en jurisprudence de savoir si cette loi s'appliquait aux personnes qui ont reçu un fonds de commerce en partage. La Chambre sociale dans deux arrêts du 17 mai 1945 et du 10 janvier 1946 a répondu par l'affirmative [2].

Cette solution se justifie pleinement à deux points de vue.

La loi elle-même vise d'abord les « actes de transmission ou d'attribution », ce qui semble comprendre les partages [3].

Surtout cette loi proposait pour des raisons d'économie générale de soulager pendant la crise économique les débiteurs de prix de fonds de commerce dont la hausse vertigineuse après la guerre mondiale avait été suivie d'une baisse considérable. On peut alors très bien considérer que le législateur prend conscience, *a posteriori*, du déséquilibre que cette inflation suivie de baisse a produit dans les attributions. Cette politique rejoint alors celle qui est à la base de l'admission de la lésion dans le partage.

191. Enfin, dernier trait caractéristique du régime du partage, il est soumis depuis 1935 à la transcription.

Certains auteurs, comme M. Vialleton, ont vu dans l'extension de la transcription au partage par le décret-loi du 30 octobre 1935, un signe du déclin de l'idée déclarative : le partage, et tous les actes déclaratifs, perdraient de ce fait une de leurs plus importantes prérogatives [4].

Mais l'absence de transcription du partage était-elle une conséquence inéluctable de son caractère déclaratif? Oui si l'on conçoit la transcription comme un système destiné à rendre publiques les opérations translatives. Non, si l'on voit dans la transcription, comme le législateur de 1935, une source de renseignements sur le statut juridique de la propriété immobilière

1. D. P. 1935.IV.313.
2. Soc. 17 mai 1945 et 10 janvier 1946, D. 1946.J.371, note A, C.
3. Cf. le commentaire de M. Trasbot au D. P. 1935.IV.313.
4. Vialleton, *Regards sur quelques problèmes...*, article précité, p. 315.

et sur les changements qu'elle subit [1]. Or, le partage substitue à une propriété indivise une série de propriétés divisées dont il détermine les titulaires jusque-là incertains. Ce caractère déterminatif et déclaratif appelait tout naturellement un avertissement des tiers. Le décret-loi de 1935 a ainsi heureusement comblé une lacune, mais il n'a porté aucune atteinte à l'idée déclarative.

Sous-Section II

Les conséquences de l'effet déclaratif à l'égard des tiers.

192. La doctrine a toujours manifesté une vive répugnance à appliquer l'effet déclaratif dans les rapports de chaque copartageant avec les tiers. On dit généralement que l'effet déclaratif a une portée relative, c'est-à-dire que son application doit être limitée aux rapports des copartageants entre eux.

Nul n'a exprimé aussi clairement que M. Desserteaux les motifs profonds, conscients ou inconscients, qui, en dehors des arguments plus spécialement tirés du caractère fictif de la nature déclarative du partage, expliquent cette attitude de principe.

On se souvient comment M. Desserteaux analyse la portée de l'article 883. Ce texte, d'après lui, « soustrait le partage à la règle normale d'après laquelle l'effet déclaratif comme tout effet d'un contrat se restreint aux parties en cause : il décide que certaines personnes autres que les parties ne sont pas des tiers au point de vue de l'effet déclaratif [2] ». Ces personnes sont celles qui ont acquis sur un bien indivis des droits de la part d'un non attributaire.

En dehors de la satisfaction de ce but précis, la règle de relativité doit reprendre son empire dans le partage comme dans toutes les conventions.

Cette objection est le fruit d'une confusion sur la nature exacte du principe de la relativité des conventions.

La doctrine moderne [3] a fort bien distingué ce qui, dans la

1. Cf. Durand, *Rev. crit.*, 1936, p. 149 et suiv; Ripert et Boulanger, t. I, n° 3251; Josserand, *La transcription vue à travers le décret-loi du 30 octobre 1935*, D. H. 1936, p. 1.

2. *Op. cit.*, p. 405.

3. S. Calastreng, *La relativité des conventions*. Thèse, Toulouse, 1939, spéc. p. 266 et suiv. Weill, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*. Thèse, Strasbourg, 1938, p. 175 et suiv.

convention, est soumis à la règle de relativité et ce qui lui reste étranger : l'effet obligatoire d'une convention ne peut lier que les parties en cause, tandis que la convention elle-même, en tant que fait juridique, intéresse les tiers et leur est opposable dans la mesure où elle fixe les éléments d'une situation juridique ou les droits d'une personne avec laquelle ils sont en rapport.

La portée absolue qu'il faut, selon nous, donner à l'effet déclaratif du partage vis-à-vis des tiers n'est qu'une application et une des plus nettes et des plus typiques, de l'opposabilité *erga omnes* des contrats qui déterminent la situation juridique exacte des contractants [1].

Il existe, toutefois, un certain nombre d'hypothèses dans lesquelle l'opposabilité des résultats du partage aux tiers ne pourrait se justifier à l'aide du seul concept d'effet déclaratif : ce sont les cas dans lesquels la rétroactivité du partage est abusivement utilisée d'un point de vue purement dogmatique pour nier, vis-à-vis des tiers, la période intérimaire d'indivision.

Aussi paraît-il indispensable d'ériger en critère la directive suivante : les effets du partage sont opposables aux tiers chaque fois que cette solution se justifie sans faire appel à la rétroactivité.

§ 1.

LA PORTÉE ABSOLUE DE L'EFFET DÉCLARATIF

L'attributaire d'un bien peut être amené à opposer aux tiers soit la détermination par le partage du contenu de son droit de propriété, soit l'origine de son droit de propriété.

Nous examinerons le mécanisme de cette opposabilité dans les hypothèses les plus courantes.

193. *Effet déclaratif du partage et conjoint commun en biens.*

Les difficultés engendrées par la combinaison de l'effet déclaratif du partage avec les règles du régime de communauté sont bien connues [2].

Si un époux, copropriétaire d'une indivision composée pour moitié d'immeubles et pour moitié de meubles reçoit dans le partage un lot exclusivement composé d'immeubles, les droits

1. Il est à peine nécessaire de souligner que l'objection tirée de la relativité des conventions ne peut être invoquée en cas de partage judiciaire.
2. Cf. Chevallier, *op. cit.*, p. 107 et suiv.

de la communauté doivent-ils se calculer en tenant compte des résultats du partage, ou bien en fonction de la composition réelle de la masse indivise?

Dans la première solution, l'époux attributaire recevra les immeubles à titre de propres et la communauté n'aura rien; dans le second cas, deux systèmes sont possibles : ou bien les immeubles seront indivis pour moitié entre l'époux attributaire et la communauté, ou bien la communauté aura simplement droit à une récompense égale à la fraction de valeur des immeubles représentant la part de l'époux dans les meubles de la masse.

La jurisprudence se range à la première solution et décide qu'il faut s'en tenir aux résultats du partage : elle déclare qu'en vertu de l'effet déclaratif du partage, l'époux attributaire est censé avoir toujours été propriétaire des immeubles et n'avoir jamais eu aucun droit sur les meubles [1].

En revanche, la majorité des auteurs se déclare adversaire de cette solution et invoque en faveur de la solution contraire la relativité de l'effet déclaratif [2].

Selon M. Chevallier l'application de l'effet déclaratif conduirait à une injustice : si, dit-il en substance, l'époux a reçu un lot uniquement composé d'immeubles, il a été obligé de renoncer à sa part dans les meubles de la succession. Il ne faut pas que les droits de la communauté sur ces meubles se trouvent lésés par cette opération [3].

En outre, ce système permettrait toutes les fraudes : « Un mari peu scrupuleux peut chercher à se composer un lot exclusivement immobilier de façon qu'il lui reste entièrement propre et que rien ne tombe dans la communauté. Si, au contraire, il agit au nom de sa femme appelée à la succession, il cherchera à lui composer un lot exclusivement mobilier de façon qu'il tombe entièrement dans la communauté [4]. »

Ces critiques reposent, en réalité, sur une interprétation erronée du mécanisme du partage et du mécanisme de l'opposabilité de l'effet déclaratif.

La solution jurisprudentielle ne serait réellement injuste que dans la mesure où le mécanisme du partage ne pourrait s'expli-

1. Rennes, 9 juin 1928, *Gaz. Pal.*, 1928.II.574; Req. 11 déc. 1850, D. P. 1851.I.287; Req. 11 avril 1902, D. P. 1903.I.465, note Guénée; Douai, 9 mai 1849, D. P. 52.II.114; Caen, 18 août 1880, S. 81.II.113, note Villey; Colmar, 27 févr. 1866, D. P. 66.5.71.

2. Cf. Chevallier, *op. cit.*, p. 107 et suiv.; Desserteaux, *op. cit.*, nº 144; Josserand, *Cours*, t. III, nº 1219.

3. Chevallier, *op. cit.*, p. 108.

4. *Op.* et *loc. cit.*

quer que par une opération translative. L'opposabilité de l'effet déclaratif à la communauté n'est alors possible qu'en faisant intervenir une rétroactivité : on considère intellectuellement que le partage s'est effectué au jour même du décès du *de cujus* et, faisant abstraction de la période d'indivision, on proclame arbitrairement que l'attributaire a toujours eu la propriété exclusive des immeubles et n'a jamais eu, au contraire, aucun droit sur les meubles; c'est la formule même qu'emploie la jurisprudence pour justifier l'opposabilité de l'effet déclaratif à la communauté, et précisément, dans cette mesure, ses motifs, sinon le fond de la solution, sont condamnables.

Mais, si l'on admet, au contraire, que le partage est un acte déclaratif par nature, exclusif de toute idée translative, l'opposabilité de l'effet déclaratif à l'époux commun en bien s'impose d'elle-même, sans artifice et sans injustice.

Les droits de l'époux futur attributaire étaient pendant l'indivision indéterminés; par voie de conséquence ceux de la communauté étaient aussi incertains et au surplus purement éventuels. Il est donc parfaitement normal que le partage, qui détermine le contenu de ces droits, lui soit opposable : il est parfaitement inutile de dire que l'époux attributaire a toujours été propriétaire exclusif des immeubles, ce qui est inexact; le partage est opposable à la communauté à sa date, sans qu'il soit nécessaire de supposer fictivement qu'il s'est produit à une date antérieure.

Quant aux risques de fraude, ils sont grandement compensés par le droit accordé à l'autre époux d'intervenir au partage [1].

194. *Effet déclaratif du partage et créanciers de la femme dotale.*

Supposons qu'une femme mariée était copropriétaire d'une succession au moment où elle s'est constitué en dot tous ses biens présents.

Si, au cours du mariage, elle obtient dans le partage de cette succession un immeuble, cet immeuble sera-t-il considéré comme dotal pour le tout et, par conséquent, sera-t-il insaisissable, ou bien considérera-t-on qu'il n'est dotal que pour une partie,

1. Une dernière question peut se poser, qui n'a aucun rapport avec l'effet déclaratif du partage : lorsque l'époux attributaire a versé une soulte ou a obtenu les immeubles à la suite d'une licitation, doit-il récompense à la communauté pour la valeur de la soulte ou du prix qu'il a versé? Oui sans aucun doute si la soulte ou le prix ont été payés avec des sommes prélevées sur la communauté. Cf. Veroone, *op. cit.*, p. 136.

correspondant à la quote-part que possédait sur lui la femme pendant l'indivision?

Ici encore, la jurisprudence se réfère aux résultats du partage et décide que l'immeuble est dotal pour la totalité [1]. Mais les motifs qu'elle donne encourent, à notre avis, les mêmes critiques que dans le cas précédent puisqu'elle croit nécessaire de faire « remonter au jour du décès » et, par conséquent, à une date antérieure à la constitution de dot, les effets du partage [2]. L'intervention de cette rétroactivité purement dogmatique est parfaitement inutile : les effets du partage sont opposables à leur date aux créanciers de la femme [3].

195. *Effet déclaratif du partage et créanciers du failli.*

L'article 563 du Code de Commerce déclare : « Lorsque le mari sera commerçant au moment de la célébration du mariage, ou lorsque n'ayant pas d'autre profession déterminée, il sera devenu commerçant dans l'année, les immeubles qui lui appartenaient à l'époque de la célébration du mariage, ou qui lui seraient advenus, soit par succession, soit pas donation entre vifs ou testamentaire seront seuls soumis à l'hypothèque de la femme ».

La question se pose de savoir quelle sera l'assiette de l'hypothèque légale de la femme dans le cas où le mari a reçu dans le partage un immeuble. L'hypothèque légale grèvera-t-elle l'immeuble pour la totalité ou l'affectera-t-elle seulement jusqu'à concurrence de la quote-part que le mari possédait sur lui pendant le partage?

La jurisprudence décide d'une manière à peu près constante, depuis le début du XIX^e siècle, que l'effet déclaratif est opposable

1. Cf. Req. 21 mars 1860, S. 1860.I.874; Limoges, 14 nov. 1876, S. 1877.II. 137.

2. C'est précisément parce que l'intervention de cette rétroactivité est choquante que certains arrêts ont écarté l'effet déclaratif dans la solution de ce problème : cf. Limoges, 22 juill. 1835, S. 1839.II.299. « Ce serait, dit cet arrêt, donner à cette fiction des conséquences exorbitantes et étrangères aux motifs qui l'ont fait introduire dans le Code que de lui attribuer l'effet d'imprimer un caractère dotal à des immeubles ou portions d'immeubles qui n'ont pas reçu ce caractère par les conventions matrimoniales. »

3. Certains auteurs (Desserteaux, *op. cit.*, p. 315 et suiv.; Le Balle, *op. cit.*, p. 418) font ressortir que ce résultat contredit les dispositions de l'article 1543 du Code civil qui interdit d'augmenter la dot pendant le mariage. Mais cet argument ne semble pas probant : on ne peut considérer la détermination du contenu d'un droit préexistant comme une augmentation de la dot puisqu'il ne s'agit que de la détermination tardive, il est vrai, d'un « bien présent » au moment de la constitution.

aux créanciers du failli et que, par conséquent, l'hypothèque de le femme porte sur l'immeuble tout entier [1].

Ces solutions sont naturellement violemment critiquées par les adversaires de la théorie de l'effet déclaratif [2] qui invoquent des arguments analogues à ceux qu'ils soulèvent dans les hypothèses précédentes : « Pour obtenir la propriété de l'immeuble tout entier, écrit M. Chevallier, le copartageant a été obligé de renoncer à sa part dans les meubles, or, si les meubles étaient tombés dans son lot ils auraient composé le gage des créanciers [3]. »

En vérité, cette objection n'est pas plus fondée que toutes celles que l'on élève contre l'application de l'effet déclaratif dans les hypothèses précédentes : mécanisme du partage (non translatif et déterminatif) et mécanisme de l'opposabilité (à la date du partage et sans rétroactivité) imposent ici encore la solution tirée des résultats du partage.

Il ne saurait toutefois y avoir d'obstacle à cette solution qu'en cas de partage avec soulte, ou en cas de licitation. Mais alors c'est de l'esprit général de l'article 563 du Code de commerce que découle une vision différente des choses, sans que le principe du partage déclaratif en soit affecté.

Si l'on part du principe, fort plausible, que la loi cherche à cantonner en cas de faillite du mari l'hypothèque légale de la femme sur une certaine configuration du patrimoine de son mari arrêtée une fois pour toutes au jour de son mariage et limitée à partir du mariage à toute acquisition à titre gratuit, il faut décider que l'étreinte de cette hypothèque doit se desserrer chaque fois qu'il y a eu acquisition à titre onéreux, eût-elle une origine successorale. Or, le partage avec soulte est incontestablement un acte à titre onéreux.

196. *Effet déclaratif du partage et créanciers hypothécaires des copartageants.*

Ce problème a donné lieu à de vives discussions dans trois hypothèses principales :

a) Supposons d'abord que l'immeuble hypothéqué est mis au lot du constituant.

1. Civ. 10 nov. 1869, S. 70.I.5, note Labbé; Grenoble, 5 août 1857, S. 58.II. 633; Angers, 27 mai 1874, S. 74.II.270; Metz, 14 nov. 1867, S. 68.II 270; Limoges, 14 mai 1873, S. 73.II.565. *Contra :* Bourges, 2 févr. 1836,S.1837.II. 466; Paris, 8 avr. 1853, S. 53.II.565; Caen, 21 avr. 1866, S. 68.II.270.
2. Desserteaux, p. 307; Chevallier, p. 111.
3. Chevallier, p. 112; en ce sens, Veroone, *op. cit.*, p. 145.

Les créanciers hypothécaires pourront-ils exercer leur hypothèque sur la totalité de l'immeuble ou devra-t-on admettre les prétentions des créanciers chirographaires du copartageant qui soutiennent que l'hypothèque ne doit effecter l'immeuble que pour la fraction de la valeur correspondante à la part indivise du copartageant?

La jurisprudence décide qu'il faut se référer à intention des parties [1].

En réalité, il faut ici encore permettre aux créanciers hypothécaires d'invoquer l'effet déclaratif : l'hypothèque doit s'étendre à la totalité de l'immeuble, puisque le partage a décidé qu'il était la propriété du copartageant.

On ne peut admettre la solution contraire que si l'on se réfère à la conception translative du partage.

b) La question se complique lorsque, dans le partage, le constituant de l'hypothèque n'a pas reçu l'immeuble, mais le prix de la licitation.

On se demande si les créanciers hypothécaires peuvent exercer, dans ce cas, leur droit de préférence sur ce prix qui, en quelque sorte, remplace l'immeuble dans le lot du copartageant.

La jurisprudence repousse cette prétention en déclarant que, en vertu de l'effet déclaratif du partage, le constituant n'a jamais eu la propriété de l'immeuble [2].

Ici encore les motifs sont critiquables. Nous n'y reviendrons pas. Mais la solution semble être logique, car il ne s'agit pas ici de l'effet déclaratif du partage mais du problème des effets de l'hypothèque; le droit de suite et le droit de préférence sont inséparables [3].

197. *Effet déclaratif du partage et dommages de guerre.*

La loi du 17 avril 1919 sur les dommages de guerre disposait que certains étrangers propriétaires d'un bien sinistré n'avaient aucun droit à réparation [4].

L'application de ce texte a donné lieu à certaines difficultés dans l'hypothèse suivante, soumise à la Cour d'Appel de Douai en 1932.

1. Voir les espèces citées par Aubry et Rau (*op. cit.*, § 625, note 23) et par M. Veroone (*op. cit.*, p. 138).

2. Aix, 29 mars 1939, *Rev. trim.* 1940-1941, p. 117. Commentaire Savatier, Civ. 12 janv. 1909, D. 1910.I.3, note de Loynes.

3. Cf. Hébraud, *Cours précité*, 1942-1943, p. 316.

4. Il s'agissait des nationaux de pays qui n'avaient pas avec la France de traités de réciprocité (art. 3 de la loi, D. P. 1919.IV.49).

Un immeuble faisait partie, au moment du sinistre, d'une communauté conjugale dont l'un des membres, le mari, était Syrien, et l'autre, la femme, était Française.

Un partage, effectué à la suite du décès du mari, quelques années après le sinistre, attribua cet immeuble à la femme, Française.

Celle-ci avait-elle droit à l'indemnité? autrement dit, pouvait-elle opposer à l'administration des dommages de guerre l'effet déclaratif du partage pour bénéficier du droit à réparation?

La Cour d'Appel de Douai, confirmant d'ailleurs la décision des premiers juges, a répondu par l'affirmative, avec juste raison, à notre avis, mais par des motifs assez critiquables [1]. Voici l'essentiel de ces motifs :

— par l'effet déclaratif et rétroactif du partage, le mari étranger est censé n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble en question;

— en vertu du même principe, le femme « est devenue *ab initio* titulaire du droit ».

On conçoit fort bien que ce raisonnement ait suscité de vives critiques et que certains auteurs en aient tiré argument pour montrer « les abus qu'entraînerait avec elle une application irraisonnée de la rétroactivité du partage, arme dangereuse [2] ».

Il est bien certain, en effet, que si l'on fait « remonter » la propriété exclusive de la femme au jour du sinistre, on semble bien « créer rétroactivement un droit de créance » dont l'existence était, *à ce moment-là* pour le moins contestable par l'administration des domaines [3]. En effet, l'éclairage de la question n'est pas le même selon que l'on réclame à l'administration le versement de l'indemnité pendant la communauté, ou après le partage, et la défense qu'elle peut opposer à cette demande est plus forte avant le partage qu'après. Or, précisément, en invoquant la rétroactivité du partage, l'arrêt de Douai encourt le reproche de méconnaître, au moyen d'une fiction inadmissible, les droits de l'administration au jour même auquel remonte cette rétroactivité.

a) Si l'indemnité est réclamée pendant la communauté le problème est extrêmement délicat car on se trouve en présence d'un bien sinistré dont il est malaisé de déterminer le propriété-

1. Douai, 22 févr. 1932, D. P. 1932.II. 38, note Robert Désiry.
2. Cf. les critiques de M. Veroone, *op. cit.*, p. 170, et de M. Désiry dans la note précitée.
3. Cf. Veroone, *op. cit.*, p. 168 et suiv. et Désiry, note précitée.

taire. L'administration peut alors soutenir plusieurs thèses, toutes d'ailleurs plus ou moins critiquables.

— ou bien elle soutiendra que la communauté conjugale est une personne morale, seule propriétaire du bien, et elle demandera qu'on lui applique les règles prévues pour les Sociétés composées en majorité ou par moitié d'actionnaires étrangers. Mais il faut écarter cette solution car il est bien évident que la communauté n'est pas une personne morale [1];

— ou bien elle invoquera la vieille idée selon laquelle le mari, seigneur et maître de la communauté, est seul propriétaire des biens, tandis que la femme est simplement créancière. Dans ce cas, le droit à indemnité n'existerait pas puisque le mari est étranger. Mais l'évolution du droit moderne a condamné, semble-t-il, définitivement l'adage traditionnel « *Uxor non est proprie socia sed speratur fore* [2] ». La thèse de l'Administration serait donc suspecte;

— ou bien elle considérera que la communauté est une copropriété ordinaire appartenant pour moitié au mari et à la femme; elle soutiendra alors que seule la femme française a droit à l'indemnité, mais seulement pour sa part dans l'immeuble; c'est-à-dire qu'elle consentira à lui verser seulement la moitié de la créance, l'autre moitié n'étant pas due puisqu'elle appartient au mari étranger. C'est la solution qu'a adoptée la loi du 28 octobre 1946 pour le règlement des nouveaux dommages de guerre. Ce texte prévoit dans son article II que « Pour les biens appartenant aux communautés entre époux, lorsque l'un des époux est étranger, l'indemnité de reconstitution est égale à la moitié de celle qui serait accordée si les deux époux étaient de nationalité française ».

Cette solution est d'une incohérence et d'une faiblesse inconcevables. La loi veut, en principe, éviter que l'époux étranger profite de l'indemnité. Mais la moitié de l'indemnité que va verser l'Administration va tomber dans la communauté et risquera de ce fait de profiter plus tard à l'époux étranger si l'immeuble lui est attribué par le partage. Si, au contraire, l'immeuble est attribué à la femme, elle subira injustement les conséquences d'une amputation qui ne la visait pas personnellement.

On voit combien le problème est complexe si l'on apprécie la position de l'administration pendant la communauté. Sans

1. Cf. Ripert et Boulanger, t. III, nº 239.
2. Cf. Ripert et Boulanger, t. III, nº 254.

doute, si l'on avait la possibilité de raisonner en pure logique, il faudrait dire que la créance aussi bien que la dette sont incertaines pendant la communauté parce que le titulaire du bien est lui-même incertain. Mais justement, l'application de cette idée, qui conduirait à attendre les résultats d'un partage qui ne s'effectuera normalement qu'après la mort de l'un des époux, est, en fait, très difficile; ce qui donne aux prétentions de l'administration un semblant de force.

b) Mais toutes ces difficultés tombent d'elles-mêmes lorsque le versement de l'indemnité est demandé par la femme attributaire après le partage. L'application de l'effet déclaratif suffit à tout résoudre équitablement et logiquement. Mais il est absolument inutile de justifier son opposabilité à l'administration par une rétroactivité qui ne fait que compliquer les choses et donne à la défense de l'administration une certaine force (sans doute plus apparente que réelle).

Il est alors parfaitement possible d'invoquer l'indétermination du titulaire de la créance pendant le communauté et sa détermination postérieure par le partage : du moment que l'immeuble est attribué à la femme française, celle-ci a le droit d'invoquer, vis-à-vis de l'État, son droit de propriété sur cet immeuble sans qu'il soit nécessaire de soutenir, contrairement à la réalité, qu'elle en a toujours eu la propriété exclusive et qu'elle était seule propriétaire au jour du sinistre.

198. *Effet déclaratif du partage et locataire d'un immeuble indivis.*

I. — La loi du 30 juin 1926, relative à la propriété commerciale, prévoyait dans son article 13, paragraphe 2, que « les baux ou promesses de baux consentis à des tiers, pour la période qui doit suivre les baux en cours, ne font échec au droit de renouvellement que s'ils ont date certaine avant le 1er janvier 1923 »[1]. Ce texte a donné lieu, du point de vue qui nous occupe, à la difficulté suivante :

Le 11 août 1918, à la suite du décès du sieur Maulny, une indivision s'est ouverte entre sa veuve et ses enfants. Le 15 mars 1920, un des fils se fit consentir par ses coindivisaires un bail sur un immeuble indivis. Un an après, le 5 avril 1921, le partage fut effectué et attribua l'immeuble en question à la veuve.

Quelques années plus tard, à la suite de la promulgation de la loi du 30 juin 1926, les époux Hazard, locataires en jouissance

1. D. P. 1926.IV.257.

de l'immeuble attribué à la veuve, demandèrent le renouvellement de leur bail.

Ils se heurtèrent immédiatement à la résistance du fils Maulny, qui leur opposa le contrat de bail qui lui avait été consenti pendant l'indivision par ses copropriétaires, et en particulier par sa mère, devenue depuis attributaire de l'immeuble.

Sa prétention était incontestable sur un point : la date certaine du contrat de bail avant le 1er janvier 1923. Mais elle pouvait être discutée sur un autre point : était-il un « tiers » au sens de la loi de 1926, puisque le 15 mars 1921 il était copropriétaire de l'immeuble? Les époux Hazard soutenaient naturellement la négative.

Tel est le débat qui s'est terminé par un arrêt, fort important, de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation du 9 février 1932 [1], statuant dans le sens d'un arrêt de la Cour d'Appel d'Orléans qui rejetait la demande de renouvellement des époux Hazard et déclarait, qu'en vertu de l'effet déclaratif du partage, le fils Maulny « n'avait jamais été propriétaire de l'immeuble, qu'il était un tiers ».

Faut-il approuver cette solution? Nous n'en doutons guère. Mais il faut, à notre avis, faire des réserves sur les motifs sur lesquels se sont appuyés la Cour d'Orléans et la Chambre des Requêtes.

Ces motifs sont, en effet, fort critiquables et contribuent inutilement à altérer le bien-fondé en principe de la solution en lui donnant une allure artificielle et fictive.

Le raisonnement employé tient en deux lignes, au demeurant traditionnelles, chaque fois qu'il s'agit de la mise en œuvre de l'effet déclaratif du partage dans un problème quelconque.

a) « Par l'effet déclaratif du partage (la veuve Maulny) doit être considérée comme étant seule propriétaire (de l'immeuble) depuis le 11 août 1918.

b) Il faut déduire de la même règle que « le fils Maulny n'avait jamais été propriétaire de l'immeuble, qu'il était donc un tiers ».

L'intervention de la notion de rétroactivité incluse dans ces deux formules est dangereuse et, au surplus, parfaitement inutile dans la solution du problème.

Elle est dangereuse parce qu'elle implique que l'on se place au jour où le contrat de bail a été passé entre le fils Maulny et ses consorts pour savoir s'il était réellement un tiers. Or, si l'on fait un instant abstraction de la rétroactivité que l'on attribue

1. D. P. 1932.I.105, note Savatier.

au partage, on s'aperçoit que le 15 mars 1920 la qualité de tiers du fils Maulny était extrêmement contestable; et si la demande en renouvellement des époux Hazard avait pu être formée ce jour-là au lieu d'être intentée seulement après le partage, ils auraient dû avoir gain de cause.

Le fils Maulny était, en effet, copropriétaire de l'immeuble, et comme l'ont justement souligné certains commentateurs de l'arrêt, « qui possède une quote-part de propriété ne peut, en principe, se prétendre tiers [1] ». Sans doute pouvait-il être considéré comme un tiers vis-à-vis de ses copropriétaires, mais il ne pouvait pas l'être vis-à-vis de lui-même.

C'est cette situation juridique très réelle que nie l'arrêt de la Chambre des Requêtes en proclamant qu'en vertu de l'effet déclaratif du partage, elle n'a jamais existé. Ce n'est donc qu'au prix d'une fiction inacceptable que l'arrêt a tranché le problème. Aussi n'est-il pas étonnant que cette solution ait été accueillie avec une certaine réserve par la doctrine [2].

Mais l'erreur commise par la Chambre des Requêtes procède seulement de l'assimilation traditionnelle de l'effet déclaratif à l'effet rétroactif. L'intervention de la notion de rétroactivité comme principe d'explication de l'opposabilité de résultats du partage aux époux Hazard était ici encore parfaitement inutile...

Il ne s'agissait pas de savoir si le fils Maulny était un tiers au jour du contrat, mais s'il était un tiers au jour de la demande de renouvellement du bail. Or, cette demande était formulée après le partage, c'est-à-dire après l'acte qui a déterminé le contenu du droit de propriété du fils Maulny de telle manière que, n'étant pas attributaire de l'immeuble, il devenait, à dater de cet acte, un tiers véritable par rapport à cet immeuble et à son propriétaire nouvellement désigné.

Le fils Maulny pouvait donc opposer aux époux Hazard la détermination du contenu de son droit par le partage, sans fiction ni injustice.

1. Cf. Veroone, *op. cit.*, p. 151; Savatier, note précitée et commentaire à la *Rev. trim.*, 1932, 491.

2. M. Savatier écrit à ce sujet (note précitée) que « il est incontestable que l'idée selon laquelle un copropriétaire est censé n'avoir jamais eu de droits sur un immeuble est purement artificielle ». De son côté, M. Vialleton, *Rev. crit.*, 1933, p. 136, tout en approuvant l'arrêt de la Chambre des Requêtes qui « ajoute aux conséquences positives de l'effet déclaratif, qui nettoient les hypothèques et droits réels provenant des cohéritiers, des effets négatifs qui rendent chaque attributaire réellement et entièrement étranger à ce qui est mis au lot d'autrui », ne peut cependant s'empêcher de constater qu'il y a quelque chose de fictif dans le mécanisme de l'effet déclaratif qui devient de plus en plus difficile à concilier avec l'organisation de l'indivision.

II. — Diverses lois, en matière de loyers, accordent certains droits contre les locataires aux personnes qui étaient déjà propriétaires à une date déterminée. La question se pose alors de savoir si les personnes qui ont obtenu la propriété exclusive de l'immeuble par un partage postérieur à cette date, pourront prétendre au bénéfice de la loi.

C'est ainsi que la loi du 6 juillet 1925 accordait une action en révision du prix des baux de longue durée à ceux qui avaient acquis l'immeuble, à titre onéreux, avant le 21 octobre 1919, ou qui l'avaient acquis à titre gratuit à une date postérieure [1].

De nombreux attributaires par partage postérieur au 21 octobre 1919 ont intenté des actions en révision du prix et ont presque toujours triomphé en invoquant contre le locataire l'effet déclaratif du partage.

Fait curieux et remarquable, la jurisprudence, pour appliquer l'effet déclaratif dans cette hypothèse, abandonne généralement ses motifs traditionnels et semble découvrir, à propos de ce problème particulier, les ressources propres de la technique de l'effet déclaratif dégagée de toute référence à la rétroactivité.

Cette attitude mérite d'autant plus d'être soulignée qu'en l'espèce la tentation aurait pu être plus forte que d'habitude de reprendre la formule classique — « *x* est censé avoir toujours eu la propriété exclusive du bien », — puisqu'il s'agit de savoir si l'attributaire pouvait être considéré comme propriétaire de l'immeuble avant le partage [2].

Les tribunaux préfèrent cependant s'appuyer sur deux motifs très différents, l'un plus solide semble-t-il, que l'autre.

La plupart des arrêts se contentent de relever que l'acquisition par le partage ayant été faite à titre gratuit et non à titre onéreux, l'attributaire remplit les conditions légales [3].

Dans la mesure où le partage a été fait réellement à titre gratuit — c'est-à-dire en nature — cette solution est parfaitement rigoureuse. Mais lorsqu'il y a eu partage avec soulte ou licitation, il s'agit, sans nul doute, d'un acte à titre onéreux,

1. Voir les prescriptions analogues des lois des 1er avril 1926 (D. P. 1926.IV. 113), 28 mars 1947 et 1er septembre 1948, article 19 (*Gaz. Pal.* des 1er et 3 sept. 1948), en ce qui concerne les conditions d'exercice du droit de reprise du propriétaire.

2. Voir cependant la persistance de cette formule dans un jugement du tribunal civil de Laval, 30 juillet 1926, *Gaz. Pal.* 1926.II.677.

3. Trib. civ. Laval, 30 juill. 1926, *Gaz. Pal.*, 1926.II.677; Seine, 10 mai 1926, *Gaz. Pal.*, 1926.II.677; Paris, 26 janv. 1927, *Gaz. Pal.* 1927.I.318; Bordeaux, 1er mars 1927, *Gaz. Pal.*, 1927.I.679; cf. Veroone, *op. cit.*, p. 160, qui estime ce motif seul nécessaire en l'espèce.

il est alors indispensable de recourir plus directement à l'effet déclaratif.

C'est ce qu'ont fait plusieurs décisions [1] et tout récemment un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation [2] à propos de l'application des dispositions de la loi du 1er avril 1926 sur le droit de reprise, qui déclarent que l'origine et le titre du droit de propriété de l'attributaire ne sont pas dans le partage mais dans l'acte qui a donné naissance à l'indivision.

Les tribunaux font ainsi une très saine application de l'effet déclaratif sans recours aux fictions traditionnelles : le locataire était d'ores et déjà soumis pendant l'indivision aux dispositions de la loi; seule la personne qui pourrait l'invoquer contre lui en tant que titulaire de l'immeuble restait incertaine et indéterminée. Le partage qui la détermine et la désigne est opposable au locataire; et il n'y a aucune fiction dans ce résultat puisque le droit de propriété de l'attributaire fraîchement désigné a son origine dans un acte antérieur à l'indivision.

Cette jurisprudence doit-elle être interprétée comme le signe avant-coureur d'une orientation plus nette et plus consciente des idées vers la distinction de l'effet déclaratif — notion autonome — et de l'effet rétroactif?

Il n'est jamais permis de préjuger de la jurisprudence. On peut cependant noter que l'étude des décisions que nous venons d'analyser paraît avoir orienté dans ce sens, et, à propos de ce problème limité, les idées de certains auteurs qui considéraient plutôt l'effet déclaratif comme une fiction.

M. Savatier, en particulier, écrit à ce sujet ces lignes significatives : « Au fond le maintien de cet aspect de l'effet déclaratif du partage n'est pas en contradiction profonde avec la thèse doctrinale selon laquelle la fiction du partage déclaratif ne doit être appliquée que pour protéger l'attributaire contre les actes des autres communistes. A tout prendre, en effet, l'effet déclaratif du partage, qui est bien dans ce dernier rôle une fiction, ne nous semble avoir, au contraire, rien de fictif dans l'acception où nous venons de le prendre. Ce n'est nullement en vertu d'une fiction, mais conformément, nous l'avons dit, à la nature des choses, que le titre de propriété ayant appartenu à l'indivision sur les biens indivis reste celui du copartageant sur les biens

1. Ce sont souvent les mêmes que les précédentes, qui ajoutent ce motif supplémentaire, explicitement ou implicitement; cf. Paris, 20 janv. 1927, *Rec. crit.*, 1927.497, commentaire de M. Savatier; Bordeaux, 1er mars 1927, *Gaz. Pal.*, 1927.I.679.

2. Civ. 10 déc. 1945, J. C. P., 1946.IV.31.

*

reçus dans son lot. L'idée de fiction apparaît, au contraire, quand on fait intervenir l'effet déclaratif du partage, non plus pour déterminer le titre de l'attributaire, mais pour effacer rétroactivement les actes consentis par les autres copropriétaires durant l'indivision [1] ».

N'est-ce pas une adhésion implicite à la théorie qui voit dans l'effet déclaratif un concept autonome, dont les conséquences se justifient sans faire appel à la notion de rétroactivité? [2].

199. *Effet déclaratif du partage et droit de retour de l'ascendant donateur.*

Supposons qu'un père fait, de son vivant, donation de tous ses biens à ses deux enfants : *Primus* et *Secundus*. Ces derniers, qui ont hérité de leur mère antérieurement décédée, réunissent dans une masse commune les biens provenant de la succession maternelle et ceux qui proviennent de la succession paternelle, et procèdent à un partage conjonctif [3].

Supposons enfin que la donation paternelle soit représentée par un immeuble d'une valeur de 300.000 francs et que la succession maternelle comprenne seulement un immeuble de 100.000 francs. Le partage conjonctif attribue l'immeuble paternel à *Primus* et l'immeuble maternel à *Secundus* qui, en outre, reçoit de *Primus* une soulte de 100.000 francs pour compenser la différence de contenance des deux lots.

Si *Primus* décède sans postérité avant son père, ce dernier pourra, en vertu de la loi (art. 747 du Code civil) ou en vertu d'une convention antérieure, exercer son droit de retour sur l'immeuble.

Mais comment va se déterminer l'assiette de ce droit de retour? S'exercera-t-il sur la totalité de l'immeuble donné et qui se trouve intégralement dans le patrimoine de *Primus?*

1. Savatier, note au D. P. 1932.I.105.

2. M. Veroone, *op. cit.*, p. 160 et 161, tout en estimant que la distinction entre l'effet déclaratif et l'effet rétroactif éclaire incontestablement le problème particulier dont nous venons de parler, déclare cependant, par une singulière contradiction, que « la distinction proposée n'a pas en soi de valeur ». La rétroactivité, dit-il, « est nécessairement incluse dans la déclarativité », c'est l'élément essentiel, sinon unique ». Mais immédiatement après avoir énoncé cette affirmation M. Veroone concède que « la détermination du titre de l'attributaire peut fort bien lui être considérée comme étrangère. Et, dès lors, ne garder de l'effet déclaratif que ce dernier élément, cela équivaut en fin de compte à le condamner tout entier ». Nous ne voyons pas pour quelle raison?

3. Le problème se pose de la même manière dans le cas où les deux parents vivants font donation de tous leurs biens à leurs deux enfants et procèdent à un partage conjonctif. Pour plus de simplicité dans l'exposé et dans la discussion, nous raisonnerons sur la première hypothèse visée au texte; nos développements seront naturellement valables pour la seconde.

Ou bien tiendra-t-on compte du fait que l'immeuble attribué à *Primus* par le partage représente, pour partie seulement les droits de *Primus* dans la donation paternelle, et, pour partie, ses droits dans la succession maternelle? Auquel cas le père ne pourra exercer son droit de retour que sur une fraction de la valeur de cet immeuble?

L'aspect concret du problème apparaît clairement quand on se demande quels sont les divers intéressés : il y a conflit entre le père qui prétend exercer son droit de retour sur la totalité de l'immeuble et les héritiers du fils prédécédé, conjoint survivant ou bien frère (*Secundus*), qui soutiennent que l'immeuble représentant partiellement les droits successoraux de leur auteur dans la succession de sa mère (il a été obligé de verser une soulte de 100.000 francs pour l'acquérir dans le partage), l'application intégrale du droit de retour les priverait de cette part qui est concentrée sur une partie de l'immeuble [1].

Le problème est dominé par deux données inéluctables : d'une part, les biens qui sont entrés dans la masse à partager ont une origine double, les uns provenant du patrimoine maternel, les autres du patrimoine paternel; d'autre part, ces biens sont entrés dans une masse unique où ils ont perdu toute individualité.

De telle sorte que chaque futur copartageant est, dans la réalité des choses, l'ayant cause à titre universel de deux auteurs différents.

Toute solution pratique du conflit entre l'ascendant donateur et le conjoint survivant devra absolument tenir compte de cette situation.

La jurisprudence est divisée. Tantôt elle décide que le droit de retour s'exerce sur la totalité de l'immeuble, en vertu de l'effet déclaratif du partage, tantôt au contraire, et ce sont les décisions les plus nombreuses, elle cantonne le droit de retour sur une fraction de la valeur de l'immeuble.

Examinons séparément les mérites de ces deux séries de décisions :

a) La jurisprudence s'efforce généralement de limiter l'objet du droit de retour à l'émolument qu'a effectivement reçu l'enfant de l'ascendant. Mais, si l'intention est claire, sa mise en œuvre est plus laborieuse et soulève un problème assez ardu : comment va-t-on déterminer l'émolument qu'a reçu l'enfant

1. Cf. les études de MM. Dulalier, *Le droit de retour en cas de partage d'ascendant conjonctif*, *Journal des Notaires*, 1932, p. 977, et Chéron, *Le droit de retour conventionnel en cas de partage*, *Revue du Notariat*, 1947.I.45.

de son père? Deux systèmes ont été tour à tour adoptés qui aboutissent à des conséquences très critiquables.

En vertu du premier, il faudrait calculer le droit du père en fonction de la part virile de l'enfant dans la masse à partager [1]. Dans l'exemple que nous avons choisi, cela revient à dire que le droit du père s'exercera sur la moitié de la valeur de l'immeuble, puisque les héritiers n'étaient que deux. Ce résultat est d'une injustice flagrante [2]. Supposons qu'au lieu de deux copartageants il y en ait cinq; la part virile de chacun étant de 1/5, le père aura droit seulement au 1/5 de la valeur totale de l'immeuble, alors qu'il a fourni à lui seul plus de la moitié des biens partagés (dans notre exemple).

Aussi ce système a-t-il été rapidement abandonné et l'on se demande aujourd'hui dans quelle proportion le père a concouru à la formation de la masse partageable.

Les premiers arrêts qui se sont engagés dans cette voie, ont considéré que le père et la mère ont contribué pour une part égale à la composition de cette masse, puisqu'ils sont deux [3] : le droit de retour portera donc sur la moitié de l'immeuble.

Solution évidemment simpliste et qui n'a de raison d'être que si la proportion respective des biens paternels et des biens maternels était sensiblement équivalente dans la masse.

C'est pourquoi la jurisprudence récente a jugé plus raisonnable de rechercher la proportion arithmétique des deux apports : si la donation du père représentait les trois quarts de la masse indivise, et la succession de la mère le quart, le droit du père devra s'exercer sur les trois quarts de l'immeuble placé au lot de l'enfant prédécédé [4].

Ce dernier parti auquel s'est rallié le 3 janvier 1934 la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation est évidemment plus acceptable et plus satisfaisant pour l'esprit [5].

Il ne suffit cependant pas à écarter les objections théoriques très graves qui semblent s'opposer radicalement à cette solution qui aboutit à une mutilation du droit de retour : L'esprit général de règles légales sur le retour successoral exige, en effet, que

1. Cf. Angers, 3 mai 1871, S. 71.II.243; Trib. civ. de la Sarthe, 30 avril 1929, sous Cass. 3 janv. 1934, D. P. 1934.I.308, note Savatier.

2. Cf. Veroone, *op. cit.*, p. 171 et suiv.; Savatier, note précitée.

3. Cf. Montpellier, 19 nov. 1897, S. 99.II.110; Cour d'appel d'Angers, 15 avril 1930, réformant le jugement précité du tribunal de la Sarthe, sous Cass.3 janv. 1934, D. P. 1934.I.109.

4. Cf. Req. 3 janv. 1934, D. P. 1934.I.105, note Savatier; S. 1937.I.5, note Vialleton.

5. Cf. Vialleton, note précitée.

celui-ci s'exerce sur les biens eux-mêmes et non sur des valeurs de compensation [1].

Seule l'application de l'effet déclaratif permet de satisfaire à ces règles propres au droit de retour. Mais est-elle, par ailleurs susceptible d'apaiser les prétentions des héritiers?

b) Certains arrêts ont délibérément écarté les prétentions des héritiers de l'enfant prédécédé en décidant que, par l'effet déclaratif du partage celui-ci était censé avoir été le seul et unique donataire de son père [2].

Ainsi présentée, il est certain que l'application de l'effet déclaratif du partage est choquante et injuste. En reportant rétroactivement les effets du partage au jour de la donation, on nie le caractère collectif de cette donation, qui a été faite, en réalité, aux deux enfants et non pas à un seul; on ne tient aucun compte, par ailleurs, des droits que possédait l'attributaire de l'immeuble dans la succession de sa mère. On peut même dire que cette explication conduit logiquement à nier le partage lui-même : si le fils a été le seul et unique donataire de son père, il a reçu l'immeuble directement des mains de ce dernier et aucun partage n'a été nécessaire.

En outre, M. Savatier a fait très justement remarquer que la rétroactivité attribuée au partage est en l'espèce impuissante à rattacher la propriété de l'immeuble placé dans le lot de l'enfant à celle du père donateur, car cette rétroactivité ne saurait remonter qu'à la naissance de l'indivision, c'est-à-dire à une date postérieure à celle de l'acte de donation [3].

Aussi, si l'application de l'effet déclaratif à ce problème ne peut se justifier que par un recours à la notion de rétroactivité, il faut l'écarter du débat.

1. Cf. Vialleton, note précitée.

2. Angers, 13 mars 1867, D. 67.II.24; Douai, 14 mai 1851, sous Civ. 9 août 1854, D. P. 54.I.265; Rennes, 3 nov. 1893, D. P. 1894.II.39; Rennes, 12 janv. 1930, *Rev. crit.*, 1933, p. 68, ex-doctr. Trasbot. Un arrêt récent de la Cour de Rennes (29 janv. 1946, D. 1947.J.66, note A, C) adopte la solution qui découle logiquement de l'application de l'effet déclaratif, mais par des motifs très particuliers : « Considérant que le principe qui domine la question est celui de l'interprétation des intentions des parties lors de la donation; que c'est là purement une question de fait, que toutes les thèses doctrinales bâties en dehors de ce principe ne sont que de savantes constructions de l'esprit sans rapport direct avec la réalité des faits. Considérant qu'en l'espèce, le donateur s'est avant tout préoccupé de conserver dans le patrimoine familial les biens qui lui appartenaient, etc... »

3. Cf. Savatier, note précitée, p. 106, col. II. Voir également les hésitations de M. Vialleton, note précitée, qui, tout en jugeant plus logique la solution déclarative, ne peut s'empêcher de noter qu'elle comporte une fiction dans son mécanisme.

Mais, en réalité, la jurisprudence a été une fois de plus dupe des formules traditionnelles qui assimilent les notions d'effet déclaratif et d'effet rétroactif. La dissociation des deux concepts fait tomber toutes les objections et le seul recours à la technique de l'effet déclaratif porte en lui-même la possibilité de satisfaire tous les intérêts en présence et la logique juridique.

C'est dans une hypothèse aussi complexe que celle-ci que prend toute son utilité la valeur indicative que nous avons reconnue au partage sur l'origine des biens partagés et sur la filiation des divers droits de propriété. Du moment que le partage s'opère sans mutation de propriété, il faut en conclure logiquement que le copartagé est devenu l'*ayant cause à titre particulier* de la personne qui était propriétaire du bien avant son entrée dans l'indivision.

En l'espèce il faut dire que l'enfant prédécédé était sur ce bien l'ayant cause à titre particulier de son père donateur.

Mais il est inutile d'ajouter comme le font les arrêts que ce lien exclusif de filiation remonte au jour de la donation : il résulte, au contraire, du partage lui-même qui a déterminé le titulaire du bien paternel.

Cette vision des choses au jour du partage permet, par ailleurs, de ne pas nier une autre réalité : c'est que si le fils prédécédé n'est pas devenu par le partage ayant cause à titre particulier de sa mère, il demeure cependant son *ayant cause à titre universel* cette dernière qualité expliquant qu'il ait pu obtenir le bien paternel intégralement dans le partage.

La solution apparaît alors clairement : le père doit exercer son droit de retour sur la totalité de l'immeuble; règle conforme à la fois aux résultats du partage et à l'esprit général des règles sur le droit de retour [1].

Mais les prétentions du conjoint survivant sont de leur côté respectables : il a le droit de faire valoir la qualité d'ayant cause à titre universel de son mari par rapport à sa belle-mère; à ce titre son mari a reçu une valeur qui par suite de l'exercice du

1. Cette solution est d'ailleurs en harmonie avec les tendances manifestées par la jurisprudence à propos de certains problèmes voisins qui se posent en matière de partage conjonctif. Cf. Civ. 22 juill. 1896, D. P. 98.I.17 (Cité par M. Savatier, p. 107) relatif à une clause d'inaliénabilité stipulée par un ascendant donateur en garantie de son droit de retour. L'arrêt restreint l'inaliénabilité aux biens provenant corporellement de la fortune de cet ascendant. Un autre arrêt (Civ. 14 janv. 1913, D. P. 1913.I.138) décide que la révocation pour inexécution des charges d'une donation de la mère survivante ne lui permet de reprendre que les biens qu'elle avait effectivement donnés.

droit de retour disparaît : comment et sur qui va-t-il récupérer cette valeur?

En aucune manière sur le bénéficiaire du droit de retour car celui-ci n'a pas subi d'enrichissement sans cause : il avait donné un immeuble de 300.000 francs et il reprend un immeuble de 300.000 francs. Il est donc à l'abri de tout recours.

Il semble alors difficile de satisfaire le conjoint survivant; peut-être n'est-ce pas cependant impossible. On pourrait, en effet, songer à assimiler l'exercice du droit de retour à une éviction donnant lieu à garantie de la part du cohéritier. Sans doute, les conditions de personnes ne sont-elles pas tout à fait les mêmes qu'en droit commun puisque la garantie serait invoquée non pas par le copartagé, mais par ses héritiers. Mais est-ce un obstacle insurmontable au regard d'une jurisprudence dont le souci principal est de sanctionner les déséquilibres dans les partages?

200. *Effet déclaratif du partage et prescription en cours.*

L'article 2252 du Code Civil prévoit que la prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits.

L'application de ce texte a soulevé, en pratique, d'assez sérieuses difficultés lorsque à la suite du partage d'une indivision dont l'un des copropriétaires était mineur, un immeuble attribué à un majeur est revendiqué par un tiers qui prétend avoir acquis cet immeuble par prescription.

Le majeur a-t-il le droit d'invoquer l'article 2252 en disant que pendant l'indivision la prescription a été suspendue à l'égard de tout le monde, ou bien le tiers peut-il repousser cette prétention en invoquant l'effet déclaratif du partage?

La jurisprudence adopte généralement la seconde solution mais toujours à l'aide des motifs traditionnels que nous critiquons et qui, en l'espèce, donnent encore à l'application de l'effet déclaratif une allure fausse et fictive [1].

Si l'immeuble a été attribué au majeur elle déclare que celui-ci est censé avoir toujours été unique propriétaire de ce bien, tandis que le mineur est censé n'avoir jamais eu aucun droit sur lui : la prescription n'a donc pas pu être suspendue [2].

L'intervention de cette rétroactivité est ici encore inutile

1. Cf. les critiques de M. Chevallier, p. 115 et suiv.

2. Cf. Civ. 2 déc. 1845, S. 46.I.21; Dijon, 23 févr. 1930, D. P. 1933.II.128; Civ. 29 août 1853, S. 53.I.707; Bordeaux, 23 janv. 1830, S. 30.II.125. *Contra* : Amiens, 5 déc. 1840, S. 1843.II.28; Nancy, 29 nov. 1851, S. 51.II.799.

et fictive : il suffit de dire que le partage a déterminé, à sa date, le titulaire du bien et que cette détermination permet de savoir au jour du partage si la prescription a couru ou n'a pas couru. Si l'immeuble est attribué à un majeur, le tiers peut alors invoquer lui-même les résultats du partage puisqu'ils lui sont, par ailleurs, opposables [1].

§ 2.

LA PORTÉE RELATIVE DE L'EFFET DÉCLARATIF

Les précisions que nous allons faire maintenant seraient, en réalité, inutiles si les abus de l'utilisation de la rétroactivité « dogmatique » dans la justification des effets du partage n'avaient entraîné parfois la jurisprudence à adopter des solutions inadmissibles.

Nous allons donc examiner quelques hypothèses particulières dans lesquelles on ne pourrait opposer aux tiers les résultats du partage qu'au prix d'une fiction.

201. *Effet déclaratif du partage et validité d'apport en société.*

A la suite de la dissolution d'une société, un des associés avait fait apport à une autre société à responsabilité limitée du fonds de commerce de la première société.

Mais le partage qui devait lui attribuer ce fonds de commerce ne s'était, en réalité, effectué que plusieurs jours après la constitution de la seconde société.

La question se posait de savoir si, dans ces conditions, l'apport était valable car la loi du 7 mars 1925 prévoit dans son article 7 que « les parts de chaque associé d'une société à responsabilité limitée doivent être intégralement libérées lors de la constitution de cette société, de telle sorte que le capital social soit effectivement mis à la disposition de la Société avant que celle-ci ne commence à fonctionner » [2].

L'associé soutenait qu'en vertu de l'effet rétroactif du partage, il fallait considérer que son apport était valable au jour où il

1. Il ne peut y avoir de doute qu'au cas où il s'agit de la prescription extinctive d'une servitude (art. 706 du Code civil), car l'article 710 du Code civil prévoit que « si parmi les copropriétaires, il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pas cours, il aura conservé le droit de tous les autres. » Cf. Chevallier, p. 115.

2. Solus, observ., *Rev. trim.*, 1937, p. 158.

l'avait effectué. Une telle prétention était absolument injustifiée car il est fictif de reporter intellectuellement le partage à une date qui n'est pas la sienne.

Aussi la Cour d'Appel de Paris a-t-elle écarté cette thèse en déclarant notamment qu'aucune disposition de la loi ne permet de couvrir postérieurement une nullité encourue [1], ce qui en la matière, était très pertinent.

202. *Effet déclaratif du partage et éléments constitutifs du délit de vol.*

Un cohéritier, ne figurant pas sur la liste des personnes que l'article 380 du Code pénal met à l'abri de toute poursuite correctionnelle en cas de vol, avait diverti ou recélé des effets dépendant de la succession, au préjudice de ses cohéritiers.

Il fut poursuivi pour vol devant le tribunal correctionnel à la suite d'une plainte des cohéritiers.

Pour sa défense il soutenait que les choses diverties avaient été placées dans son lot par le partage; il était donc censé avoir toujours été propriétaire de ces choses et n'avait pas pu, de ce fait, les voler.

Cette prétention fantaisiste se heurtait à deux objections péremptoires :

— en premier lieu les choses diverties avaient été placées dans le lot du prévenu par suite de la bienveillance passagère de ses consorts, qui s'étaient ressaisis par la suite et avaient réclamé l'application des sanctions civiles du recel;

— d'autre part, la rétroactivité du partage ne saurait être invoquée pour effacer l'intention frauduleuse [2].

203. *Effet déclaratif du partage et déchéance du bénéfice d'inventaire.*

Une succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire par certains héritiers, purement et simplement par les autres.

Pendant l'indivision tous les copropriétaires vendent un bien successoral sans observer les formalités requises par la loi sous peine de déchéance du bénéfice d'inventaire.

1. Paris, 17 juin 1936, J. C. P., 1936.II.1313.

2. Nous citons sans trop insister ce cas, un peu invraisemblable à bien des points de vue, qui s'est cependant posé au moins une fois, devant le tribunal correctionnel de la Seine le 14 décembre 1912; cf. les observations de M. Hémard à la *Rev. trim.*, 1913, p. 218.

Le partage place le prix de cette vente au lot d'un acceptant pur et simple : les héritiers bénéficiaires peuvent-ils invoquer l'effet déclaratif du partage pour dire qu'ils n'ont jamais été copropriétaires de l'immeuble, et que, de ce fait, ils n'ont pas encouru la déchéance du bénéfice d'inventaire [1] ? L'absurdité de la question suggère elle-même la solution, naturellement négative; en réalité, le problème n'a pu se poser que grâce à l'équivoque créée sur la notion d'effet déclaratif par les formules doctrinales traditionnelles. On a cru d'abord que l'application de l'effet déclaratif ne pouvait se justifier qu'en reportant fictivement la date du partage au jour de la naissance de l'indivision. Cette erreur portait en elle le principe des abus qui l'ont exploitée : on a utilisé la rétroactivité pour justifier n'importe quel résultat, au mépris de la logique la plus élémentaire.

En l'espèce, l'effet déclaratif est impuissant à effacer la mauvaise foi des héritiers bénéficiaires au moment de la vente du bien [2].

204. *Effet déclaratif du partage et conflits de lois dans le temps.*

Le décret-loi du 17 juin 1938 et les lois complémentaires postérieures (lois du 9 novembre 1940 et du 15 janvier 1943) ont apporté d'importantes modifications aux règles d'attribution des biens dans le partage.

Au principe de la faculté absolue de demander le partage, ces textes apportent, dans certaines conditions, une exception lorsqu'il s'agit d'une exploitation agricole (art. 815 nouveau).

D'autre part, l'article 832 contient désormais des règles d'attribution préférentielle pour l'exploitation agricole (§ 3).

Une importante question se pose : ces dispositions doivent-elles s'appliquer aux indivisions qui se sont ouvertes antérieurement à leur promulgation? Doit-on faire jouer la loi en vigueur au jour du partage ou la loi en vigueur au jour du décès du *de cujus ?*

Doit-on considérer que chaque copartageant avait, pendant l'indivision un droit acquis au partage en nature ou avait-il simplement une expectative?

Problème irritant, comme tous les problèmes de conflits de

1. Cf. Chevallier, p. 117; Veroone, *op. cit.*, p. 145.

2. D'autres problèmes de ce genre peuvent encore se poser à propos de l'acceptation bénéficiaire (cf. Desserteaux, p. 307 et suiv.). Ils ne peuvent, à notre avis, se résoudre à l'aide de l'effet déclaratif, pour des raisons analogues à celles que nous exprimons au texte.

lois dans le temps, et auquel la jurisprudence répond depuis 1938 de diverses manières.

a) Un grand nombre de décisions ont cru devoir faire appel à l'effet déclaratif du partage pour démontrer l'existence d'un droit acquis[1]; voici les motifs invoqués par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 23 avril 1945[2] :

« Attendu que le droit commun de la propriété indivise confère aux propriétaires droit à une part divise en nature si la division est possible, sinon le droit à une part du prix le plus élevé atteint par la licitation des biens indivis.

« Attendu que le lot attribué à chacun des cohéritiers est, en vertu de l'article 883 C. Civ. censé acquis immédiatement du défunt à la date de l'ouverture de la succession, rétroactivité qui manifeste la volonté de la loi de réagir contre les inconvénients d'une indivision transitoire en assimilant, autant que possible, le partage à une liquidation de droits acquis à l'ouverture de la succession, » etc...

Le recours à la notion d'effet déclaratif est, en l'espèce absolument injustifié[3]. D'abord parce que pour appliquer l'effet déclaratif on fait intervenir une rétroactivité en considérant que le partage s'est réalisé au jour du décès.

Ensuite parce que l'on invoque cette rétroactivité pour affirmer que le copartageant avait au jour du décès (et par conséquent pendant l'indivision) un droit acquis à l'attribution en nature de tel ou tel bien, c'est-à-dire pour transformer au prix d'une fiction la nature juridique du droit indivis.

b) En effet, pendant l'indivision chacun des cohéritiers n'a un droit précis sur aucun bien particulier : il est donc inexact de prétendre qu'il a un droit acquis sur l'exploitation agricole dont la législation nouvelle réserve la faculté d'acquisition préférentielle à tel ou tel de ses cohéritiers[4].

De telle sorte que les décisions qui donnent aux lois nouvelles une application immédiate semblent plus rationnelles : ces

1. Lisieux, 15 oct. 1940, J. C. P., 1941.II.1626; Rouen, 18 mars 1941, D. A. 1941.313; Caen, 30 juin 1941, J. C. P., 1941.II.1731; Rennes, 20 mars 1942, J. C. P. 1942.II.1851; Grenoble, 24 nov. 1942, J. C. P., 1942.II. 2085; Besançon, 1er déc. 1942, J. C. P., 1943.II.2110; Cass. civ. 12 févr. 1945 et 23 avr. 1945, D. 1945.J.129, note P. L.-P.; S. 1945.I.89, note du Garreau de la Mechenie; Cass. Req. 15 juill. 1945, D. 1946.J.54.

2. S. 1945.I.89, note du Garreau de la Méchenie.

3. Cf. du Garreau de la Méchenie, note précitée; Roubier, J. C. P., 1943.I. 326.

4. Cf. les notes précitées. *Adde :* Marty, J. C. P., 1941.I.182; Carbonnier, D. C. 1943.J.101; Savatier, *Rev. trim.*, 1940-1941, p. 298 et 626; 1942, p. 87 et 215.

dispositions ne touchent pas à la vocation successorale mais règlent le mode d'attribution des biens dans le partage et sont, par conséquent, relatives à la situation juridique de copartageant qui, elle, comme tout ce qui touche au partage [1], doit s'apprécier à la date de cet acte.

SECTION III

LES CONSÉQUENCES DE L'EFFET RÉTROACTIF DU PARTAGE

205. L'application rigoureuse de l'effet déclaratif du partage exige, on vient de le voir, que soient très strictement respectées deux réalités : une réalité de droit, l'absence d'effet translatif du partage et son effet déterminatif; et une réalité de fait, l'existence d'une indivision entre la date d'acquisition du droit et la date de sa détermination.

Le problème de la conciliation de ces deux réalités se retrouve avec une acuité plus sensible encore lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre l'effet rétroactif du partage : l'effet rétroactif, prolongement et complément de l'effet déclaratif, maintient, pour l'avenir, la consistance et l'intégrité du droit de propriété de chaque attributaire sur les biens qui forment son lot; mais l'évolution du droit moderne impose de tenir compte, dans une certaine mesure, du fait que ces biens, désormais soumis au régime de la propriété privative, étaient auparavant soumis au régime de la propriété collective [2].

La discrimination des actes individuels des non-attributaires à maintenir et des actes à détruire est particulièrement délicate en raison de la prédominance des intérêts de l'attributaire. Il s'agit de trouver un critère suffisamment précis pour réduire, le plus rigoureusement possible, l'effet rétroactif à sa fonction protectrice des droits des copartagés.

Dans cette perspective il semble que la solution la plus convenable serait celle qui laisserait subsister tous les actes dont la survivance ne porterait pas atteinte aux prérogatives essentielles du droit de propriété de l'attributaire et dont l'accomplissement aura été utile à la bonne gestion du bien.

1. Rapprochez de la jurisprudence relative à la date d'évaluation des biens (jour du partage).

2. Voir *supra*, nos 175 et suiv., nos explications sur le fondement de l'effet rétroactif du partage et sur la nécessité d'en limiter le fonctionnement.

206. I. — Mais quelles sont les prérogatives essentielles du droit de propriété du copartageant?

On peut en distinguer plusieurs :

a) En premier lieu, la prérogative essentielle du droit de propriété du copartageant, c'est l'assurance que son droit s'exercera effectivement sur les biens mêmes qui lui sont attribués : il faudra donc anéantir la vente qui aurait pu être faite de ces biens par d'autres cohéritiers [1];

Mais il faudra aussi faire disparaître les hypothèques dont ces biens pourraient être affectés du chef d'un cohéritier. Le maintien de l'hypothèque, en exposant le bien à la saisie et à la vente publique à la requête du créancier, compromettrait gravement l'exercice futur du droit de propriété de l'attributaire;

b) En second lieu, et d'une manière générale, on peut dire que la constitution sur un bien indivis de n'importe quel droit réel est susceptible de porter atteinte aux prérogatives essentielles du droit de propriété du futur attributaire.

Il s'agit, en effet, d'un démembrement de ce droit de propriété, qui, pour une longue durée, entrave dans une plus ou moins large mesure la liberté d'action de son titulaire. Un usufruit, une servitude, un bail emphythéotique doivent être librement consentis et chaque propriétaire doit être, autant que possible, seul maître de l'opportunité de cette concession.

A ces droits réels, il faut certainement assimiler les baux de longue durée, — les baux de plus de dix-huit ans en particulier, — qui portent une entrave considérable à l'exercice du droit de propriété.

A cet égard, il faudrait peut-être soumettre à la rétroactivité les preneurs de baux à ferme, qui, en raison des prérogatives exorbitantes dont ils bénéficient depuis la promulgation du statut du fermage, sont susceptibles de grever lourdement les prérogatives essentielles du droit de propriété.

En définitive, la rétroactivité doit jouer, en principe, contre tous les actes de disposition [2].

207. II. — Il faudrait, en revanche, pour assurer d'une manière satisfaisante la gestion des biens indivis, en l'absence

1. Il en sera de même pour les cessions de créance.

2. Mais, d'autre part, le maintien d'un acte de disposition peut être imposé par des considérations spéciales tirées de la théorie de l'héritier apparent. Cf. Req. 14 oct. 1940, *Gaz. Pal.*, 1940.II.150; Savatier, *Rev. trim.*, 1940-1941, 296; Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, t. IV, Successions, nº 345; Jacques Donnedieu de Vabres, *Les actes de l'héritier apparent*, *Rev. trim.*, 1940-1941, spéc. p. 394.

d'une réglementation légale, écarter le jeu de l'effet rétroactif du partage au regard des actes d'administration.

Cette limitation ne serait d'ailleurs peut-être pas absolument contraire à l'esprit dans lequel a été conçu à l'origine le principe de l'effet rétroactif du partage : c'est surtout à propos des hypothèques qu'on a imaginé, dans l'ancien droit, la rétroactivité du partage. Aussi, la tradition parle-t-elle uniquement de l'anéantissement des droits réels, mais elle n'a jamais spécialement visé les actes juridiques qui n'entraînent pas un véritable démembrement du droit de propriété. C'est la jurisprudence du début du XIXe siècle, fortement aidée d'ailleurs en cela par la doctrine, qui, par un abus d'interprétation exégétique de l'article 883 et par hostilité pour l'indivision, a systématiquement soumis à la rétroactivité n'importe quel acte, pour effacer le moindre vestige d'un état considéré pendant longtemps comme néfaste.

La jurisprudence moderne s'est dépouillée de cette prévention, sinon en ce qui concerne le sort des actes d'administration après le partage [1], du moins en ce qui concerne leur sort pendant la durée de l'indivision : elle s'efforce de les valider par des emprunts timides aux règles des sociétés. Les tribunaux valident assez souvent des actes d'administration individuels en admettant que ces actes ont été accomplis en vertu d'un mandat tacite des autres indivisaires : tantôt la présomption de mandat est déduite d'une convention de prolongation de l'indivision, tantôt elle est déduite de circonstances particulières [2]. Les arrêts les plus nombreux sont ceux qui valident des actes d'innovation, accomplis sur un bien commun « au vu et au su » de tous les indivisaires.

Parallèlement la jurisprudence maintient certains actes d'innovation lorsqu'ils ont eu pour conséquence de donner une plus value à la chose commune; elle utilise la théorie de l'enrichissement sans cause ou de la gestion d'affaire.

Aucune raison valable ne saurait empêcher l'application de cette jurisprudence, *mutatis mutandis*, lorsque se pose, après le partage et en l'absence de toute décision de validation antérieure [3], le sort des actes individuels d'administration. Peut-être

1. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris exprime toutefois nettement l'idée selon laquelle « les effets de la fiction de rétroactivité sont limités à l'extinction des droits réels » (Paris, 11 mai 1911, D. P. 1912.II.115).

2. Cf. Guilliet, thèse précitée, p. 139 et suiv.; 198 et suiv.; Fr. Déjean, *Réactions de la loi, de la jurisprudence et de la pratique contre l'inorganisation de l'indivision héréditaire*. Thèse, Montpellier, 1935, p. 74.

3. La validation d'un acte d'administration pendant l'indivision le met à l'abri de la rétroactivité du partage (cf. Rennes, 28 janv. 1894, D. 95.II.378).

même, dans cette hypothèse, serait-il opportun de sortir des limites étroites de la théorie du mandat tacite et de la gestion d'affaires pour assurer la limitation du jeu de l'effet rétroactif par la seule considération, strictement entendue, de la fonction protectrice de ce dernier. L'acte d'administration sauvegardé serait, dans cette perspective, celui qui a été utile à la gestion du bien indivis et qui, n'entraînant pas de constitution de droit réel, ne porte pas atteinte aux prérogatives essentielles du droit de propriété de l'attributaire.

Il faudrait alors opérer une distinction entre les actes d'administration courante qui devraient être maintenus à toute épreuve et les actes d'administration plus graves comme le bail par exemple, qui devraient être anéantis.

Le bail, en effet, est un acte grave, surtout de nos jours, car la loi confère au locataire une situation juridique de plus en plus forte, parfois même inexpugnable. Il ne faudrait alors tempérer la rétroactivité que si le bail a été consenti par la majorité des copropriétaires [1].

1. Les analyses que nous venons de faire sur la nature du partage et sur le mécanisme de son effet déclaratif devraient naturellement nous amener à en prolonger l'incidence sur le problème irritant du domaine d'application de l'effet déclaratif quant aux actes qui mettent fin à l'indivision. La solution de ce problème qui, de tout temps, a été, en quelque sorte, le centre des « crises » sur l'effet déclaratif du partage, a été profondément influencée par la théorie de la fiction. On connaît l'allure générale de la jurisprudence et les directives de la doctrine sur cette question (Wahl, *Les variations de la jurisprudence sur l'effet déclaratif du partage, Livre du centenaire du Code civil*, t. I, p. 447). On a essayé de restreindre le domaine d'application de l'effet déclaratif en limitant considérablement la notion même du partage. De ce fait, la notion du partage qui s'est dégagée de cet effort critique est très étroite. De telle sorte qu'il existe en jurisprudence deux notions très différentes du partage : l'une restrictive, lorsqu'il s'agit de l'application de l'effet déclaratif, l'autre, extensive, lorsqu'il s'agit de l'application de la rescision pour lésion (cf. Ripert et Boulanger, t. III, p. 987 et suiv.; p. 1008 et suiv.).

Il est, pour le moins, incohérent de laisser subsister côte à côte deux notions différentes du partage. Du moment que l'effet déclaratif n'est jamais une fiction, il faudrait adopter une notion unique du partage dont les éléments spécifiques devraient être recherchés par comparaison avec celle qui se dégage de la jurisprudence relative à la lésion, la notion de lésion étant inhérente au partage et traduisant le désir du législateur d'en subordonner la stabilité à sa conformité au droit préexistant.

Seule une limitation de l'effet rétroactif du partage devrait être envisagée à l'intérieur de cette notion du partage.

La protection des tiers peut, en effet, exiger que le sort des actes qui leur ont été consentis ne puissent être compromis par le fait même de leur auteur lorsque celui-ci, principalement, cède ses droits successifs à l'un de ses cohéritiers en particulier.

On pourrait donc ainsi concilier une fois de plus les exigences fondamentales de la protection des tiers avec les principes théoriques qui, en eux-mêmes, doivent rester intangibles.

DEUXIÈME PARTIE

LES CARACTÈRES SPÉCIFIQUES DE L'ACTE DÉCLARATIF

(Essai d'une théorie générale)

TITRE I

LA NOTION D'ACTE DÉCLARATIF

208. Qu'est-ce qu'un acte déclaratif?

Le moyen le plus sûr de répondre d'une manière rigoureuse à cette question nous paraît être de suivre la méthode que nous avons déjà employée à propos de l'étude de chaque acte déclaratif : nous essayerons d'abord de déterminer quelle est la situation juridique préalable à l'acte déclaratif; nous pourrons ainsi préciser quel est l'objet de cet acte.

Connaissant l'objet, il nous sera facile de mettre en lumière la fonction juridique de l'acte déclaratif et son mécanisme.

Ainsi, peu à peu, se dégageront les éléments généraux de la déclarativité et son critère, chaque caractéristique particulière ayant en elle-même la vertu d'exclure du champ de cette notion telle ou telle institution voisine ou, au contraire, de lui agréger tel ou tel acte juridique dont la nature est incertaine.

CHAPITRE I

L'OBJET DE L'ACTE DÉCLARATIF

L'observation des divers actes juridiques auxquels on reconnaît généralement un caractère déclaratif fait apparaître deux éléments constants : tout acte déclaratif a pour objet un droit préexistant, mais ce droit préexistant présente toujours la particularité d'être inefficace, entravé dans son exercice.

Nous allons examiner successivement ces deux qualités de l'objet de l'acte déclaratif.

§ 1.

UN DROIT PRÉEXISTANT

209. La préexistence d'un droit est l'élément premier de la notion de déclarativité, celui sur lequel tout le monde est d'accord depuis l'ancien droit : c'est grâce à lui, en effet, que l'on peut

distinguer l'acte déclaratif de l'acte translatif ou de l'acte constitutif. L'acte constitutif est celui qui crée un droit au profit d'une personne déterminée ou d'un groupe de personnes; l'acte translatif est « celui qui fait acquérir à une personne un droit qui, précédemment, n'existait pas au profit de l'acquéreur [1] ». Seules ces deux définitions nous paraissent satisfaisantes : on dit parfois, en effet, que « l'acte constitutif est celui qui crée une situation nouvelle » et que « l'acte translatif n'est, en réalité, qu'une variété particulière de l'acte créateur d'une situation nouvelle, conférant à une personne un droit qui appartenait auparavant à une autre [2] ». Ainsi caractérisé, nous le verrons plus loin, l'acte constitutif ne se distinguerait pas forcément de l'acte déclaratif qui, à notre avis, est susceptible, tout en ayant pour objet un droit réellement préexistant, d'engendrer une situation nouvelle, dans la mesure où il transforme la situation antérieure. C'est précisément parce que l'on a confondu l'effet constitutif avec l'établissement d'une situation nouvelle que l'on a refusé le caractère déclaratif à certains jugements, comme le jugement de divorce ou le jugement d'interdiction. Plus largement encore, c'est en vertu de la même confusion que certains auteurs ont refusé de se rallier à la théorie de l'effet déclaratif de la reconnaissance d'enfant naturel, du dépôt de marque de fabrique, de la transaction et du partage : tous ces actes engendrent plus ou moins une situation nouvelle. Mais ils concernent tous des droits préexistants; ils ne les créent pas; c'est ce qui permet de les distinguer des actes constitutifs *stricto sensu*.

Il est parfois difficile de savoir exactement si le droit qui fait l'objet de l'acte est préexistant ou non : quantité d'actes juridiques, tels que les actes récognitifs, les reconnaissances d'enfant naturel, les jugements, les transactions, les dépôts de marque de fabrique ont pour objet des droits dont l'existence est incertaine ou douteuse. Cette particularité est-elle susceptible de leur enlever le caractère déclaratif? En d'autres termes, pour qu'un acte soit déclaratif, est-il nécessaire que la préexistence du droit qui en est l'objet soit objective et certaine, ou suffit-il que le droit soit considéré comme préexistant dans l'esprit des parties? Certains auteurs, en particulier à propos du jugement et de la transaction, ont tiré argument de l'incertitude du droit déclaré pour prétendre que si le juge se trompe ou si le renonçant fait erreur sur la valeur des prétentions de son adversaire, le

1. Cf. Voirin, *op. cit.*, n° 642.
2. Cf. Hébraud, *Cours*, p. 167; et Stolfi, *Natura giuridica del negozio d'accertamento*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, spéc. p. 176.

jugement est en réalité constitutif, et la transaction translative. C'est là, selon nous, un argument de peu de valeur. Bien souvent, en effet, la proclamation de la préexistence du droit contenue dans l'acte n'est dotée que d'une présomption simple de vérité : la stabilité, ou l'efficacité, de l'acte est subordonnée à son exactitude. C'est ce qui se passe à propos de certains actes récognitifs, de la reconnaissance d'enfant naturel et du dépôt de marque de fabrique [1]. La préexistence réelle du droit est donc indispensable.

Il est vrai qu'en ce qui concerne les jugements et la transaction, la proclamation de la préexistence du droit est dotée d'une présomption irréfragable de vérité; on dit qu'elle a l'autorité de la chose jugée; cette présomption irréfragable est aussi, en fait, attachée à certains actes récognitifs (dans la mesure où le titre primordial n'existe plus, par exemple). Mais il n'y a, dans ce procédé, aucune fiction : il est justifié par la contestation préalable à la transaction ou au jugement, ou par la volonté de celui qui signe la reconnaissance. Toute vérité juridique n'est qu'approximative : on décide en toute bonne foi quel est le droit le plus probable, et il importe que cette probabilité logiquement appréciée ne puisse être remise en question car, bien souvent, l'instabilité des droits serait perpétuelle et leur existence réelle soumise à une sorte de *probatio diabolica*. Pour éviter ce résultat, la loi rend le droit déclaré désormais indépendant de sa cause; elle met en œuvre un phénomène de transition du concret insaisissable à l'abstrait plus simple et au demeurant très probable : la cause du droit devient abstraite et, de ce fait, son existence incontestable [2].

Il n'est donc pas nécessaire pour qu'un acte soit déclaratif, que la préexistence du droit qui en est l'objet soit objectivement certaine : il suffit que les parties aient le sentiment de la probabilité de la préexistence du droit.

210. Mais il faut qu'il s'agisse d'un droit véritable et d'un droit doté de tous les éléments essentiels à son existence. Cette précision permet d'écarter du domaine de la déclarativité un certain nombre d'actes ou de faits juridiques dans lesquels on a vu à tort une application de cette notion.

Il existe en effet certaines catégories d'actes juridiques qui présentent cette particularité commune avec l'acte déclaratif de n'être pas translatifs ou constitutifs de droits, mais qui, à notre avis, s'en différencient dans la mesure où il est impossible de

1. Voir *supra*, nos 11, 22, 29.
2. Voir *supra*, nos 12, 73, 137.

découvrir dans leurs éléments spécifiques un droit préexistant.

Il s'agit d'abord des retraits [1] : le retrait n'est certainement pas un acte translatif; il n'y a aucun lien d'ayant cause à auteur entre le retrayant et le retrayé. Mais il n'est pas non plus déclaratif parce qu'il est impossible de découvrir le droit préexistant du retrayant. Tout au plus ce dernier avait-il le droit d'exercer le retrait, mais il n'avait sur les biens qui ont fait l'objet de la cession primitive aucun droit préexistant. En réalité, comme nous l'avons montré, le retrait est un acte « acquisitif » : il réalise la création artificielle et forcée d'un droit de propriété sur un bien étranger.

Il faut ensuite écarter de la notion de déclarativité les actes extinctifs ou les actes abdicatifs.

Les actes extinctifs, comme la remise de dette, ne sont pas translatifs; ils ne sont pas non plus à proprement parler constitutifs, mais, indirectement, ils confèrent à la personne qui en bénéficie un avantage qu'elle ne possédait pas auparavant.

C'est un peu le même phénomène qui se produit pour les actes abdicatifs : s'ils concernent un droit préexistant, ce n'est pas pour le conserver ou pour le fortifier, mais pour l'éteindre. Cette abdication et cette extinction, par définition, ne sont pas intentionnellement translatives, mais elles profitent indirectement à certaines personnes : la renonciation à un droit successoral, en principe purement abdicative, profite aux héritiers de rang subséquent.

Enfin, il est inexact de prétendre, comme le font certains auteurs, que la condition ou la prescription réalisées ont « un effet déclaratif » [2]. Il est incontestable qu'un droit conditionnel ou qu'un droit en période de prescription acquisitive ne sont pas des droits complets et parfaits. Nous faisons nôtres à cet égard les affirmations de M. Eygout, relatives à la nature du droit conditionnel : « Le droit conditionnel qui résulte du contrat n'existe pas encore *pendente conditione ;* c'est à tort qu'on dit qu'il existe sous condition; quelque chose qui n'existe que sous condition suspensive est quelque chose qui existera peut-être mais qui, pour le moment, n'existe pas [3]. »

1. Voir *supra*, nos 37 et suiv.
2. Cf. Voirin, *op. cit.*, p. 703.
3. Eygout, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie.* Thèse, Paris, 1922, p. 18, no 8; cf. ég. Leloutre. Thèse, Caen, 1904, p. 16 et suiv.

Quant au droit en cours de prescription, il est en gestation, mais il n'existera réellement que du jour où le temps exigé par la loi sera écoulé [1].

§ 2.

UN DROIT INEFFICACE

211. Tous les auteurs sont généralement d'accord pour dire que la préexistence d'un droit n'est pas en elle-même suffisante pour définir l'objet de l'acte déclaratif. On convient, implicitement ou explicitement, que ce droit préexistant doit, en outre, revêtir un aspect particulier. C'est ainsi que M. Voirin souligne très justement que « l'acceptation de la communauté par la femme, l'acceptation d'une succession ou d'une stipulation pour autrui ne sont pas des actes déclaratifs » [2]. Ces divers actes ont pour objet un droit préexistant, mais il manque à ce droit préexistant une particularité essentielle pour que l'acte dont il est l'objet soit déclaratif.

Quelle est cette particularité? On dit habituellement que le droit doit être « latent » : « L'acte déclaratif, écrit M. Voirin, est relatif à un droit latent qui, par conséquent, a besoin d'être révélé, déclaré, reconnu [3]. »

Ceci n'est pas tout à fait inexact, mais — selon nous — insuffisant et au demeurant assez vague.

En réalité, l'analyse révèle que le droit préexistant qui fait l'objet d'un acte déclaratif est toujours un droit qui, pour une raison quelconque, est entravé dans son exercice : c'est un droit inefficace. Sans doute, le degré d'inefficacité dont ce droit est atteint, est-il variable; tantôt, il s'agit d'une inefficacité totale, tantôt il s'agit seulement d'une inefficacité partielle; d'autre part, cette inefficacité peut être actuelle ou future, prévisible. Mais, sous réserve de ces nuances diverses, il y a toujours une entrave à l'exercice du droit.

Il est donc indispensable de déterminer la cause et la nature de cette inefficacité.

212. Certains auteurs contemporains ont cru pouvoir déceler la source de l'inefficacité du droit dans l'existence d'un droit

1. L'assimilation que font certains auteurs entre les effets de la condition et de la prescription et ceux d'un acte déclaratif s'explique par la confusion traditionnelle entre les concepts d'effet déclaratif et d'effet rétroactif.
2. Voirin, *op. cit.*, p. 704, 3°.
3. *Op. cit.* et *loc. cit.*

antagoniste. Telle est, en particulier, la thèse soutenue par M. Boyer tout récemment et dont nous avons pu, dans notre première partie, indiquer les illustrations particulières [1].

Selon M. Boyer, l'objet de la transaction et du jugement serait un droit substantiel entravé dans son exercice par un droit d'action concurrent; l'objet du partage serait constitué par le droit de propriété de chaque indivisaire entravé dans son exercice par le droit de propriété concurrent de ses cohéritiers. Parfois même, selon M. Boyer, l'entrave apportée à l'exercice du droit ne provient pas uniquement de la concurrence d'un droit précis et déterminé, mais elle résulte de l'existence, parallèle à l'existence du droit du titulaire, du droit concurrent de tous les autres sujets de droit : ainsi le droit de propriété d'une marque de fabrique s'acquiert par l'usage de la marque, mais il n'est réellement protégé par le législateur qu'à la suite du dépôt; en dehors du dépôt, l'usager de la marque se heurte aux droits concurrents des autres usagers [2].

Cette analyse, à première vue séduisante, n'est peut-être pas à l'abri de toute critique : il est difficile de déceler dans tous les droits soumis à la déclarativité une entrave apportée par un droit antagoniste. On peut se demander, en effet, quel pourrait être le ou les droits antagonistes qui s'opposeraient, avant l'intervention de la reconnaissance ou du jugement déclaratif de paternité, à l'épanouissement du lien de filiation naturelle?

En réalité, il paraît difficile de réduire les sources de l'inefficacité du droit à une notion aussi uniforme; ces sources sont multiples. Il semble que l'on soit en mesure de distinguer deux sortes d'inefficacités dont peut être atteint le droit : une inefficacité pratique et une inefficacité juridique.

I. — L'INEFFICACITÉ PRATIQUE DU DROIT PRÉEXISTANT

213. Certains droits ne peuvent pas être exercés parce qu'ils rencontrent un obstacle matériel. C'est en ce sens que l'on peut parler à leur propos d'inefficacité pratique.

Il peut exister deux situations un peu différentes l'une de l'autre.

214. Le plus souvent, le droit ne peut pas s'exercer parce que son existence est incertaine.

1. Boyer, *La notion de transaction (Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif)*. Thèse, Toulouse, 1947, p. 365 et suiv.
2. Boyer, p. 366.

L'incertitude provient quelquefois d'un défaut de preuve : le créancier a perdu son titre, par exemple; il est alors à la merci de la bonne foi de son débiteur; ou bien le droit est, en lui-même, mal établi et douteux. Mais les cas les plus fréquents sont ceux dans lesquels le droit est rendu incertain et inefficace par la contestation dont il est l'objet de la part des personnes à qui on l'oppose. Nous avons eu l'occasion de souligner comment les droits ne pouvaient s'exercer qu'à la condition d'être reconnus par leurs sujets passifs : quand le sujet passif refuse de reconnaître l'existence du droit qu'on lui oppose, il y a litige et, de ce fait, paralysie du droit jusqu'à l'intervention d'un jugement ou d'une transaction qui trancheront le différend.

215. Parfois, c'est parce que certains de ses éléments sont indéterminés que le droit est entravé dans son exercice.

C'est ainsi qu'un droit de créance ne peut pas être exercé par son titulaire tant que son montant n'est pas précisé : la victime d'un délit ou d'un quasi-délit a bien un droit de créance dès le jour où elle a subi un dommage, mais ce droit reste théorique; il doit être fixé. Si le responsable n'accepte pas la détermination proposée par la victime, celle-ci ne pourra exercer son droit qu'en le faisant préciser par un jugement.

La même chose peut se produire en matière de droits réels. Ainsi la servitude de passage en cas d'enclave existe de plein droit, à la condition que le terrain de celui qui l'invoque soit réellement enclavé. Mais une contestation peut s'élever avec le propriétaire du fonds servant, sur la fixation de l'assiette de cette servitude qui, elle, est naturellement indéterminée. Il en est de même pour les droits indivis qui sont des droits de propriété dont l'assiette est indéterminée; c'est cette indétermination qui empêche leur propriétaire d'exercer complètement et librement toutes les prérogatives de la propriété.

Ainsi, dans ces différents cas, le droit est paralysé pratiquement et en quelque sorte fortuitement par un obstacle purement matériel : il s'agit d'une inefficacité naturelle.

Dans une série d'hypothèses différentes, l'inefficacité du droit est à la fois plus artificielle et plus forte : il s'agit d'une inefficacité juridique.

II. — L'INEFFICACITÉ JURIDIQUE DU DROIT PRÉEXISTANT

216. On peut discerner deux causes différentes d'inefficacité juridique d'un droit : tantôt l'inefficacité a sa source dans la

volonté expresse du législateur, tantôt elle tient à une infirmité inhérente au droit lui-même.

217. Le législateur frappe parfois *a priori* certains droits d'inefficacité. Il subordonne, non pas leur existence, mais la production de leurs effets à la réalisation d'une formalité particulière.

Le lien de parenté naturelle existe de plein droit en dehors de toute formalité du seul fait de la naissance. Mais la loi décide que ce lien de parenté ne produira tous ses effets que si le titre de filiation de l'enfant est constitué dans une forme solennelle : reconnaissance volontaire ou jugement.

De même, s'il est incontestable que la propriété d'une marque de fabrique s'acquiert par le premier usage, il n'est pas moins certain que son titulaire ne pourra la défendre contre les usurpations devant la juridiction pénale qu'après avoir accompli la formalité du dépôt.

Enfin, l'observation des « situations gracieuses » nous a permis de mettre en lumière les exemples les plus nombreux et les plus caractéristiques de paralysie légale d'un droit. Il y a une situation gracieuse au sens large quand le législateur supprime chez les parties la libre appréciation des conditions d'existence ou des conditions d'exercice de leurs droits : la loi établit les conditions d'existence ou les conditions d'exercice d'un droit, mais elle décide en même temps que la seule réalisation de ses prescriptions ne suffira pas pour que le droit puisse être exercé : elle impose l'intervention du juge pour contrôler l'existence du droit. Ainsi, l'article 1558 du Code civil prévoit que la femme dotale aura le droit d'aliéner la dot si cette aliénation est indispensable pour obtenir la mise en liberté d'un des époux, pour fournir des aliments ou des soins à la famille, pour payer des dettes ayant date certaine antérieure au mariage dont la femme est tenue, ou encore pour faire des grosses réparations à l'immeuble dotal... Si l'une de ces conditions est réalisée en fait, la femme dotale aura bien le droit d'aliéner la dot, mais elle ne pourra pas encore exercer ce droit : ce droit est paralysé jusqu'à l'intervention du juge.

218. Dans d'autres cas, l'inefficacité juridique du droit ne provient pas de la volonté du législateur, mais elle tient à l'infirmité du droit lui-même.

Un droit contre lequel court une prescription est menacé d'inefficacité à plus ou moins bref délai; un droit prescrit n'est pas absolument éteint, il est simplement inefficace : son titulaire ne peut plus en réclamer l'exécution en justice. Mais, dans ces

deux cas, une reconnaissance du débiteur est susceptible de lui restituer cette efficacité.

D'autre part, un droit engendré par un acte juridique atteint d'une cause de nullité est menacé d'inefficacité. C'est la raison pour laquelle il faut, selon nous, ranger les actes confirmatifs parmi les actes déclaratifs [1] : leur objet correspond très étroitement à celui de tout acte déclaratif : il est constitué par un droit préexistant; ceci est indéniable pour deux raisons : en premier lieu, par hypothèse, l'acte juridique qui a engendré ce droit n'est pas inexistant mais atteint d'une cause de nullité [2]; en deuxième lieu, il est couramment admis aujourd'hui que la cause de nullité n'agit pas de plein droit, elle doit être prononcée par le juge [3]. Enfin, ce droit préexistant est cependant atteint d'une cause d'inefficacité juridique susceptible de produire ses effets d'un moment à l'autre.

Cette brève description des diverses causes d'inefficacité juridique des droits qui font l'objet d'un acte déclaratif est simplement la synthèse des observations que nous avons pu faire dans notre première partie à propos de la reconnaissance d'enfant naturel, du dépôt de marque de fabrique et des jugements dits constitutifs. Mais une objection peut nous être faite : la distinction que nous établissons entre l'inefficacité juridique d'un droit et son inexistence est-elle bien fondée? Cela ne revient-il pas au même de ne pouvoir exercer un droit ou de n'avoir pas de droit? L'objection, dans la mesure où elle serait fondée, aurait pour conséquence de mettre à néant notre démonstration de l'effet déclaratif des reconnaissances d'enfants naturels, du dépôt de marque de fabrique, et des jugements « gracieux ».

Mais cette objection ne serait pas pertinente car ces différents droits produisent parfois certains effets partiels, du seul fait de leur existence : la jurisprudence, nous l'avons vu, attache certaines conséquences à la filiation naturelle de fait ou à la réalisation des conditions d'existence d'un droit frappé en principe d'inefficacité juridique; d'autre part, la propriété de la marque de fabrique produit, par elle-même et en dehors du dépôt certains effets. Dès lors, puisque ces différents droits produisent,

1. En ce sens, Desserteaux, *op. cit.*, p. XV.

2. Sur la distinction couramment admise entre la nullité et l'inexistence, cf. Ripert et Boulanger, t. I, nº 338.

3. Cf. Ripert et Boulanger, t. I, nº 343. La nullité est elle-même frappée d'inefficacité juridique jusqu'à l'intervention du juge.

en dehors des formalités légales, certains effets partiels, c'est qu'ils existent réellement; ce sont seulement leurs effets caractéristiques qui sont paralysés.

***

La description ainsi entreprise de l'objet de l'acte déclaratif fait pressentir quelle doit être sa fonction. C'est à la détermination de celle-ci qu'il nous faut maintenant nous attacher dans le chapitre suivant.

CHAPITRE II

LA FONCTION JURIDIQUE DE L'ACTE DÉCLARATIF

219. En prenant l'acte récognitif comme point de comparaison dans leur recherche du contenu de l'acte déclaratif, les auteurs classiques ont cru pouvoir affirmer que l'acte déclaratif est celui qui se borne à constater un droit sans le modifier ou sans le transformer [1].

Ils ont été dupes de leur propre formule car une analyse attentive de l'acte récognitif fait tout de suite apparaître que ce dernier n'est pas sans effet sur le fond du droit : en rendant les droits incertains désormais certains, il modifie la situation antérieure et accroît la force juridique du droit reconnu.

Si, quittant le domaine propre à l'acte récognitif, on envisage les actes juridiques auxquels la doctrine classique attribue un effet déclaratif, on s'aperçoit aussi que les formules doctrinales ne rendent pas compte de la réalité.

Nous avons vu, en effet, comment certains auteurs, voulant appliquer strictement les principes classiques à la reconnaissance d'enfant naturel ou au dépôt de marque de fabrique, avaient dû convenir qu'il était impossible de voir dans ces deux actes des actes déclaratifs *stricto sensu :* la reconnaissance d'enfant naturel et le dépôt de marque de fabrique modifient profondément les droits qu'ils déclarent.

Quant au jugement dit déclaratif, nous avons montré comment il se dérobe aussi à la définition classique en raison des éléments nouveaux de certitude ou d'énergie qu'il apporte aux droits préexistants.

Enfin, le partage et la transaction transforment aussi considérablement la situation antérieure en substituant des droits privatifs à des droits collectifs, des droits certains à des droits incertains.

Il faut donc se rendre à l'évidence et admettre qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre l'effet déclaratif et une certaine modification de la situation antérieure. C'est d'ailleurs conforme au bon sens et à la logique la plus élémentaire : si l'acte déclaratif

1. Voir *supra*, nos 2 et suiv.

était complètement dépourvu d'effet propre, quelle serait son utilité?

C'est à M. le professeur Hébraud que revient le mérite d'avoir le premier en France mis l'accent sur cet aspect substantiel de l'acte déclaratif : « L'acte déclaratif, écrit l'éminent auteur, ne se borne pas comme l'acte récognitif à établir (un) droit préexistant; il peut lui apporter quelque chose de nouveau : la certitude ou une énergie accrue, ou en déterminer le contenu ou l'assiette; aussi peut-il consister en une convention aussi bien qu'en un acte unilatéral [1]. »

Ce point de vue qui est, semble-t-il, partagé depuis longtemps par certains auteurs italiens partisans de la théorie de l'*Accertamento* dont nous parlerons plus loin, est également celui auquel s'est rangé tout récemment M. Boyer : « Il est indispensable, écrit cet auteur, d'admettre que l'acte déclaratif n'a pas un rôle exclusivement statique, qu'il n'est pas seulement orienté vers le passé, mais aussi vers l'avenir, c'est-à-dire qu'il modifie par lui-même, et cela à dater du jour de sa réalisation, l'ordonnancement juridique antérieur [2]. »

C'est là une donnée incontestable qui apparaît d'une manière plus saisissante encore si l'on essaie de définir l'acte déclaratif en se référant aux deux qualités particulières de son objet : *l'acte déclaratif apparaît ainsi comme celui qui permet à un droit préexistant, mais inefficace, de produire ses effets* [3].

Les divers éléments de cette définition font pressentir quels doivent être le contenu et la fonction juridique de l'acte déclaratif.

Tout acte déclaratif est essentiellement complexe et se carac-

1. Hébraud, *Cours*, p. 167; *La copropriété par appartements*, *Rev. trim.*, 1938, p. 84.

2. *Op. cit.*, p. 361.

3. La conception que nous présentons a déjà été suggérée par certains auteurs d'obédience classique. C'est ainsi que M. Voirin (*op. cit.*, nº 642, p. 702-703) écrit : « L'acte déclaratif ne crée pas un droit; il permet à ce droit préexistant de produire ses effets. En dissipant l'incertitude ou en donnant consistance aux éléments d'un droit, il supprime l'obstacle qui, précédemment, tenait le droit en sommeil. » De son côté, M. Léon Mazeaud, analysant les effets positifs du jugement déclaratif, écrit : « Le jugement déclaratif, qui crée le droit à l'exécution forcée et qui crée des garanties, n'en reste pas moins essentiellement déclaratif, car ces droits créés ne sont que les accessoires du droit préexistant reconnu; ils n'ont pour but que de permettre à ce droit préexistant de produire ses effets » (*De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, *Rev. trim.*, 1929, p. 21 *in fine*).

Mais il ne semble pas que ces auteurs aient voulu donner à leur définition une portée générale et rigoureuse. En tout cas, ils n'en ont pas tiré toutes les conséquences et n'ont pas tenté de déterminer par quel procédé technique s'opérait cette libération du droit préexistant.

térise abstraitement par deux aspects complémentaires : il n'a aucun effet sur la création ou sur le transfert du droit qui constitue son objet, mais il a un effet positif sur l'efficacité de ce droit. Chacun de ces deux éléments principaux a une valeur propre : le premier enlève au second toute influence éventuelle sur la création ou le transfert du droit et explique comment l'acte déclaratif, tout en modifiant ou en transformant la situation déclarée, n'est jamais constitutif ou translatif. Le second élément exprime le dynamisme de l'acte déclaratif et son utilité véritable laissés dans l'ombre par les classiques qui, oubliant que tout acte juridique « a pour but de produire un changement dans l'ordonnancement juridique [1] » déniaient à l'acte déclaratif toute action sur le fond du droit.

220. L'acte déclaratif a une double fonction : une fonction technique et une fonction théorique.

Techniquement, l'acte déclaratif a une *fonction réparatrice* [2]. Il joue dans la vie juridique un rôle en quelque sorte « clinique »; tandis que la plupart des actes juridiques ont pour but de construire des rapports juridiques nouveaux et ont une emprise unique sur l'avenir, l'acte déclaratif a pour but de réparer et de consolider des rapports juridiques anciens.

C'est cette fonction originale de l'acte déclaratif qu'ont très nettement aperçue les partisans italiens de la théorie de l'*accertamento*. L'acte d'*accertamento* est un acte de confirmation d'un rapport juridique préexistant mais inefficace [3]. Cette notion qui, nous le verrons, présente avec la notion d'acte déclaratif des rapports très étroits, s'est construite originairement dans le cadre du phénomène juridictionnel. Le jugement serait, en effet, le type même de l'acte d'*accertamento*, parce qu'il confère à un droit contesté l'efficacité, en établissant d'une manière officielle l'application au cas concret de la règle abstraite. Mais on s'est aperçu

1. Cf. Scelle, *Cours de principes de droit public*, 1944-1945, p. 115.

2. « Protectrice », préfère dire M. Boyer (*op. cit.*, p. 362). L'emploi de ce terme est déterminé par la conception particulière que se fait l'auteur du mécanisme de l'acte déclaratif.

3. Cf. Cosattini, *Il negozio d'accertamento*, Milan, 1939; Giorgianni, *Il negozio d'accertamento*, Milan, 1939; Corrado, *Il negozio d'accertamento*, Turin, 1942; Stolfi, *Natura giuridica del negozio d'accertamento*, *Rivista proc. civ.*, 1933, I, p. 132 et suiv.; cf. les nombreuses références données par cet auteur à la bibliographie allemande; Carnelutti, *Documento e negozio giuridico*, *Riv. proc. civ.*, 1926, p. 181 et suiv.; Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 2e éd., Rome, 1947, spéc. p. 91 et suiv.; Ascarelli, *La letteralita nei titoli di credito*, *Riv. dir. comm.*, 1932, p. 232 et suiv.; cf. également un exposé résumé de cette conception dans l'ouvrage de M. Cosattini, *Il riconoscimento del figlio naturale*, spéc. p. 84 et suiv.; Carnelutti, *Note sull' accertamento negoziale*, *Foro italiano*, 1940, p. 115 à 141.

que le phénomène d'*accertamento*, autrement dit le phénomène de confirmation d'un rapport juridique inefficace, pouvait se retrouver dans le domaine des actes juridiques privés : l'*accertamento* « *negoziale* », selon M. Carnelutti, est le moyen de rendre parfait un droit ou un acte juridique imparfait : « On dit, écrit-il à cet égard, qu'un acte juridique est parfait ou imparfait selon que [...] il produit ou ne produit pas ses effets. Puisque la perfection de l'acte provoque la production des effets juridiques, les concepts de perfection ou d'imperfection se résolvent dans ceux d'efficacité ou d'inefficacité [1]. » C'est pourquoi la plupart des auteurs italiens rangent dans la catégorie des actes d'*accertamento* presque tous les actes déclaratifs : les actes de reconnaissance [2], la reconnaissance d'enfant naturel [3], la transaction [4] et même le partage [5]. La caractéristique commune de tous ces actes est de restituer l'efficacité à un droit ou à un rapport juridique préexistant.

Il ne faudrait cependant pas en conclure que les concepts d'*accertamento* et de déclarativité coïncident dans l'esprit de tous les auteurs. Le problème des rapports entre ces deux notions est un des plus passionnément discutés à l'heure actuelle [6]. En Italie, comme en France, deux tendances s'affrontent : la tendance classique qui persiste à définir très étroitement l'acte déclaratif comme un acte juridique sans effet sur le fond du droit, et la tendance moderne qui cherche au contraire à donner au contenu de l'acte déclaratif une consistance réelle. Pour les partisans de la première conception, l'acte d'*accertamento* ne doit pas être identifié à l'acte déclaratif; pour les autres, c'est à partir de l'*accertamento* qu'il faut expliquer la déclarativité. Mais quelle que soit la position adoptée par les auteurs, ils sont tous d'accord en principe sur la coïncidence du concept d'*accertamento* avec les actes juridiques auxquels en France on reconnaît une nature déclarative. Ceci laisse entrevoir qu'en aucun cas, l'optique italienne et l'optique française ne coïncident : de toute manière, la conception que l'on se fait

1. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, p. 303; sur l'*accertamento negoziale*, cf. Cosattini, *Il riconoscimento del figlio naturale*, p. 84; Stolfi, article précité.
2. Carnelutti, *Documento e negozio giuridico*, *Rev. proc. civ.*, 1926, p. 181; Stolfi, article précité.
3. Cosattini, *op. cit.*, p. 93 et suiv. Voir les opinions en sens contraire de MM. Giorgianni, Corrado et Furno citées par M. Cosattini aux p. 94 et suiv. de son ouvrage.
4. Carnelutti et Stolfi (ouvrages précités).
5. Cosattini, *op. cit.*, p. 87.
6. Stolfi, article précité, p. 135; Cosattini, *op. cit.*, p. 84.

en Italie de l'acte déclaratif est plus étroite ou plus large que la conception française. La confrontation des deux points de vue ne peut donc qu'être profitable.

Les arguments utilisés par les partisans de la dissociation des concepts d'*accertamento* et de déclarativité sont les suivants : l'acte d'*accertamento*, disent-ils, a un effet constitutif; sans doute ne s'agit-il pas d'un effet constitutif de droit, mais il s'agit d'une « fonction constitutive d'efficacité juridique [1] », puisque l'acte d'*accertamento*, en confirmant un droit préexistant, lui apporte la possibilité de s'exercer pleinement. La situation antérieure est donc considérablement transformée.

Aussi serait-il indispensable de distinguer le *negozio d'accertamento* de l'acte déclaratif. Mais qu'est-ce qu'un acte déclaratif? Le type même de l'acte déclaratif serait l'acte récognitif, mais seulement dans la mesure où l'acte récognitif s'identifie strictement à l'aveu d'un droit réellement préexistant [2]. L'acte déclaratif aurait donc seulement une fonction probatoire et, de ce fait, son domaine d'application se trouverait singulièrement restreint.

Beaucoup d'auteurs italiens ont réagi contre cette conception qui présente pas mal d'incohérence : il n'est pas très sûr, en effet, que la notion d'acte déclaratif ainsi cantonnée au domaine de l'aveu garde encore quelque consistance. L'aveu lui-même ne peut-il être considéré comme une manifestation de l'*accertamento* dans la mesure où il établit l'existence d'un droit qui, auparavant, était incertain?

D'autre part, cette conception contient une autre faille : ses partisans, tout en dissociant les concepts de déclarativité et d'*accertamento*, à propos des *negozii*, les assimilent, au contraire, à propos des jugements. Si le jugement, manifestation typique de l'*accertamento*, est considéré comme déclaratif [3], on voit mal pourquoi il n'en va pas de même pour les autres actes juridiques?

Aussi, les préférences de certains juristes italiens vont-elles vers une conception de synthèse entre la déclarativité et l'*accertamento*.

Ce sont MM. Stolfi et Carnelutti qui paraissent les plus représentatif de cette tendance [4]. Leur démonstration de l'identité des deux concepts est simple. Elle consiste à souligner comment,

1. Cosattini, *Il riconoscimento del figlio naturale*, p. 93.
2. Cosattini, *op. cit.*, p. 85 et suiv.
3. Stolfi, article précité, spéc. p. 166; Carnelutti, article précité, spéc. p. 187 et suiv.
4. Carnelutti, p. 189; Stolfi, p. 137.

du seul fait qu'il a pour objet un droit préexistant, le *negozio d'accertamento* est un acte déclaratif. En effet, la préexistence du droit enlève à l'effet propre de cet acte toute analogie avec un effet constitutif véritable. Au surplus, les parties n'ont nullement l'intention d'opérer un transfert ou une constitution de droit quelconque, la *causa novandi* est étrangère à l'acte d'*accertamento*. « C'est pourquoi, écrit M. Carnelutti, on dit, et on dit bien que l'*accertamento* a un caractère déclaratif [1]. ».

Ces conclusions essentielles — sous réserve de nuances diverses [2] — rejoignent dans l'ensemble les nôtres et fortifient en particulier les observations que nous avons pu faire sur la fonction de l'acte déclaratif.

221. Mais l'acte déclaratif ne se borne pas à restituer à un droit préexistant l'efficacité qui lui faisait défaut. Il possède aussi cette *fonction révélatrice* de l'état de droit antérieur dans laquelle les classiques ont vu son unique utilité et qui est d'ailleurs suggérée par le mot « déclaratif » lui-même. Seulement cette fonction révélatrice a plus ou moins d'importance selon qu'il s'agit de tel ou tel acte déclaratif. Tantôt l'élément révélateur occupe la première place; il se confond alors avec le rôle technique de l'acte dont il est le procédé de réalisation : lorsque le droit préexistant était atteint d'une simple *inefficacité pratique*, il suffit, en effet, d'une constatation pour supprimer l'obstacle qui le gênait. Tantôt au contraire, au lieu d'être explicite, l'élément révélateur, de l'acte déclaratif est implicite : lorsque le droit était atteint d'*inefficacité juridique*, il faut employer un procédé technique différent pour lui restituer sa force, il faut un ordre émanant d'une personne spécialement qualifiée par la loi à cet effet. Mais le fondement de cet ordre donné se trouve toujours dans une constatation implicite de la préexistence réelle du droit.

1. Carnelutti, article précité, p. 189.

2. La théorie de l'*accertamento* nous paraît seulement exacte dans la mesure où elle met en lumière la restitution de l'efficacité du droit préexistant. Mais, sur bien des points, nous nous séparons des auteurs italiens; en particulier, nous verrons que ce n'est pas toujours seulement par une « confirmation » que se réalise l'acte déclaratif. D'autre part, il est un point de la théorie de l'*accertamento* qui nous paraît difficilement admissible. L'acte d'*accertamento* est souvent représenté comme une véritable norme juridique complémentaire de la norme juridique abstraite et primaire (cf. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, spéc. p. 91, 92, 93). Cette transposition des idées kelséniennes nous semble d'une valeur juridique douteuse : elle ne peut, à la rigueur, être acceptée que dans la mesure où certains actes déclaratifs apportent à un droit préexistant l'efficacité juridique dont il était auparavant expressément dépourvu par la volonté du législateur. Mais il n'en est pas ainsi de tous les actes déclaratifs.

*

Ceci fait pressentir que si la notion d'acte déclaratif peut abstraitement se définir par des éléments généraux, des distinctions doivent être faites lorsque l'on cherche à déterminer concrètement le mécanisme réalisateur de cet acte [1].

On se souvient qu'en étudiant la nature des jugements, nous avons décelé deux catégories de décisions déclaratives : les jugements déclaratifs-indicatifs et les jugements déclaratifs-impératifs. C'est que le jugement, en raison même de l'étendue considérable de son objet contient tous les aspects de la notion de déclarativité : la distinction faite à l'intérieur des jugements correspond à une dualité fondamentale des procédés techniques mis en œuvre par l'ensemble des actes déclaratifs. Il y a des actes déclaratifs-« indicatifs », et des actes déclaratifs-« impératifs »; c'est à la description de ces deux catégories qu'il nous faut maintenant nous livrer.

§ 1.

LES ACTES DÉCLARATIFS « INDICATIFS »

222. Les actes déclaratifs « indicatifs » présentent deux caractéristiques complémentaires : le droit qui fait leur objet est atteint d'une inefficacité *pratique* en raison de l'incertitude que présente son existence ou certains de ses éléments. Dès lors, c'est grâce à une révélation de son existence réelle ou de ses éléments cachés que l'acte déclaratif lui restituera son efficacité :

1. M. Boyer (*op. cit.*) a récemment proposé l'analyse suivante du mécanisme réalisateur de l'acte déclaratif. L'acte déclaratif aurait deux effets complémentaires : un effet extinctif, dans la mesure où il supprime les droits antagonistes (droit d'action, droits de copropriétés concurrents) qui s'opposaient à l'exercice du droit à protéger; un effet libératoire dans la mesure où le droit, dégagé de ses entraves, peut désormais s'épanouir librement (cf. p. 364, 365. 366).

Parfois, ajoute l'auteur, cet effet extinctif, au lieu d'avoir une portée limitée à un seul droit, a une portée absolue : « Il se peut que, dans certains cas, on veuille assurer à un droit une protection supérieure, une protection *erga omnes*. Dès lors, l'effet extinctif n'affectera pas seulement le potentiel juridique d'une personne déterminée, mais celui de toute personne autre que le titulaire du droit qu'il s'agit de protéger. Mais il faut alors reconnaître qu'en raison même de sa portée générale, cet effet extinctif ne peut résulter de l'accord de tous les intéressés mais seulement de la volonté légale » (p. 366). Et M. Boyer cite l'exemple du dépôt de marques de fabrique.

Nous avons dit à plusieurs reprises les raisons qui nous font douter de la rigueur de cette analyse : on voit mal quel pourrait être l'effet extinctif de la reconnaissance d'enfant naturel; et l'idée d'effet extinctif du partage suppose que chaque copartageant possédait à lui seul la propriété de toute l'hérédité et que la copropriété est composée d'un enchevêtrement de servitudes.

tantôt l'acte déclaratif mettra en œuvre ce que l'on pourrait appeler le procédé « récognitif », tantôt il sera réalisé au moyen du procédé « déterminatif ».

I. — La mise en œuvre de la technique récognitive

223. Lorsque le droit préexistant était entravé dans son exercice par l'incertitude qui planait sur son existence, il suffira d'une reconnaissance de ce droit par une personne spécialement qualifiée pour lui permettre de s'exercer dans l'avenir.

Tantôt cette reconnaissance vient se couler dans le moule d'un acte unilatéral : il s'agit alors d'un acte récognitif accompli de son plein gré par le sujet passif d'un droit, avec l'intime conviction de son existence réelle.

Tantôt, la reconnaissance fait partie d'un acte conventionnel, la transaction, lorsque le sujet passif du droit incertain ou indéterminé n'est plus entièrement convaincu de l'existence réelle du droit qu'on lui oppose, et lorsque, en même temps, il ressent une sorte de complexe d'infériorité en ce qui concerne la valeur juridique de sa propre prétention; c'est pourquoi la transaction est à mi-chemin entre l'acte récognitif et l'acte juridictionnel.

Tantôt, enfin, c'est le juge, arbitre officiel et impartial qui, après avoir examiné objectivement la situation incertaine qui lui est soumise, se substitue au sujet passif récalcitrant dans la reconnaissance du droit du sujet actif.

Dans ces divers cas qui, tous, procèdent de la même technique, la reconnaissance produit toujours un effet remarquable : elle permet au droit préexistant de s'exercer librement et complètement en réalisant en quelque sorte le passage du concret équivoque et instable à l'abstrait incontestable; elle rend le droit reconnu indépendant de sa cause : son existence ou son contenu ne pourront désormais plus être remis en question; ils sont dotés d'une présomption irréfragable de certitude qui, dans la transaction et dans le jugement, prend le nom d'autorité de chose jugée et qui se retrouve aussi dans la simple reconnaissance unilatérale dans la mesure où cette dernière interdit désormais à son auteur de contester son obligation.

Ainsi, le procédé récognitif apparaît-il comme la composante la plus simple de la notion de déclarativité : l'acte récognitif est la forme primaire et élémentaire de l'acte déclaratif. C'est ce qui explique que les auteurs classiques aient identifié les deux concepts très étroitement au point de ne plus distinguer l'acte

déclaratif de l'acte récognitif[1]. Mais cette identification exclusive reposait sur une insuffisance d'analyse. La notion de déclarativité déborde très largement le champ des actes purement récognitifs : elle contient toute une gamme de complications croissantes qui sont engendrées par le degré plus ou moins intense de complexité des entraves rencontrées par le droit préexistant.

II. — La mise en œuvre de la technique déterminative

224. Une simple reconnaissance, en effet, est parfois insuffisante à libérer le droit lorsque ce dernier ne pouvait s'exercer en raison de l'indétermination naturelle de certains de ses éléments, et en particulier de son contenu.

Nous avons rencontré plusieurs exemples de cette situation particulière en étudiant les jugements, la transaction et surtout le partage.

Le droit de créance de la victime d'un délit ou d'un quasi-délit naît naturellement indéterminé : son montant, son objet même (certains tribunaux condamnent le responsable non pas à verser une indemnité mais à remplacer l'objet détérioré en nature) sont naturellement indéterminés. Il en est de même, nous l'avons vu, à propos de la servitude de passage, dont l'assiette est incertaine. Les divers éléments juridiques de la propriété d'une marque de fabrique sont indéterminés tant qu'ils n'ont pas été décrits officiellement dans le dépôt. Enfin, le droit indivis est un droit de propriété à titre universel : il affecte une universalité, mais son assiette matérielle est indéterminée.

Dans ces divers cas, l'acte juridique qui aura pour objet de restituer au droit son efficacité — jugement, transaction, partage, dépôt — sera un acte déterminatif : son effet principal consistera à préciser les éléments du droit qui, auparavant étaient incertains.

Est-ce à dire que cette détermination soit incompatible avec toute idée de reconnaissance? Nullement : toute détermination conventionnelle des éléments du droit (transaction, partage amiable) contient implicitement une reconnaissance du droit lui-même et de la configuration générale que l'on vient de faire apparaître. Toute détermination judiciaire des éléments du droit contient de même une reconnaissance officielle de l'existence de ce droit.

Mais, ici encore, il faudrait se garder d'identifier complète-

1. Voir *supra*, n° 2.

ment les concepts d'acte déclaratif et d'acte déterminatif : d'une part, en effet, tous les actes déterminatifs ne sont pas nécessairement des actes déclaratifs; on peut, en effet, imaginer *a priori* la possibilité d'une convention dans laquelle les parties laisseraient indéterminé l'objet d'une obligation et décideraient que le transfert de la propriété ne se produira qu'au jour ultérieur où cet objet sera de nouveau conventionnellement précisé; le second acte ne serait pas alors déclaratif car la condition essentielle de la préexistence du droit ferait défaut.

D'autre part, tout acte déclaratif n'est pas nécessairement déterminatif : la technique déterminative n'est qu'un des multiples procédés au moyen desquels l'acte déclaratif réalise sa fonction [1]. Dans ce que l'on pourrait appeler sans trop d'artifice la hiérarchie des actes déclaratifs, l'acte déterminatif n'est qu'une complication de l'acte récognitif, et, au-dessus de lui, il existe des formes autrement plus complexes d'actes déclaratifs.

§ 2.

LES ACTES DÉCLARATIFS « IMPÉRATIFS »

225. Les actes déclaratifs « impératifs » sont ceux qui permettent à un droit préexistant de s'exercer en lui conférant directement et impérativement l'efficacité *juridique* dont il était auparavant dépourvu.

C'est là leur caractéristique générale; mais il faut faire parmi eux une discrimination selon le procédé technique qu'ils mettent en œuvre : tantôt, en effet, un droit est frappé *a priori* et arbitrairement par le législateur d'inefficacité juridique; pour lui conférer cette efficacité, il faudra qu'une personne spécialement habilitée par la loi *ordonne* qu'il produise ses effets. Tantôt, au contraire, c'est accidentellement et par suite d'un vice de constitution que le droit est inefficace : une *confirmation* lui restituera son efficacité.

I. — Le procédé de l'« ordre »

226. Pour des raisons diverses que nous avons essayé de mettre en lumière, la loi décide parfois qu'un droit ou qu'une

1. M. Boyer (*op. cit.*, p. 368, texte et note 4) reproche à M. Hébraud d'identifier les concepts d'acte déclaratif et d'acte déterminatif. Le reproche ne semble pas justifié, car la pensée de M. Hébraud est beaucoup plus nuancée : c'est seulement à propos du partage que M. Hébraud parle d'effet déterminatif. (Hébraud, *Cours*, p. 167).

situation juridique ayant sa source dans un fait ou dans un acte juridique ne produira d'effets que si une formalité est accomplie :

L'état d'enfant naturel ne sera efficace que si le père ou la mère reconnaît l'enfant, ou si un jugement le permet; de même, le droit de propriété sur une marque de fabrique n'aura une pleine efficacité qu'à la condition que son titulaire accomplisse la formalité du dépôt; enfin, une multiplicité considérable de droits et de situations juridiques variées sont soumis pour être efficaces à une vérification juridictionnelle.

Dans tous ces cas, le père ou la mère, le juge ou le législateur (dépôt) ordonnent que le droit produise désormais ses effets. Cet ordre est lui-même valable parce que ces diverses personnes sont spécialement habilitées à le donner par la loi.

II. — Le procédé de la « confirmation »

227. La confirmation est le procédé qui restitue l'efficacité juridique à un droit dont certains éléments se trouvaient viciés. L'exemple le plus typique de l'acte déclaratif « confirmatif » est fourni par l'acte qui a pour objet de confirmer un contrat nul.

« La confirmation, enseigne-t-on généralement, donne sa pleine efficacité au contrat... La situation de fait qui existait jusque-là se transforme en situation de droit [1]... »

Aussi n'est-il pas étonnant que les auteurs italiens aient été tentés de construire la notion d'acte déclaratif sur le type même de l'acte confirmatif (*negozio d' « accertamento »*) [2] : la confirmation est, en effet, le procédé normal de la restitution de l'efficacité juridique d'un droit. Mais il n'est pas le seul, et l'erreur de la doctrine italienne consiste à n'avoir pas tenu compte de la multiplicité considérable des procédés techniques utilisés par l'acte déclaratif pour réaliser sa fonction réparatrice.

***

228. Ainsi, l'acte déclaratif apparaît-il comme un des rouages importants de la vie juridique, et sa place au sein de la théorie générale de l'acte juridique est-elle marquée de traits distinctifs profondément originaux.

1. Cf. Planiol, Ripert et Boulanger, t. II, n° 871.
2. Voir *supra*, n° 220.

Il se distingue des autres actes juridiques par sa fonction, par sa technique et enfin par son régime juridique :

Sa fonction est à la fois réparatrice et révélatrice de l'ordonnancement juridique antérieur.

Sa technique est essentiellement multiple et l'interprète soucieux d'en faire la théorie pourrait constater que les actes déclaratifs sont en quelque sorte hiérarchisés à partir de la technique récognitive dont chaque acte déclaratif réalise au fur et à mesure que son objet est plus délicat, une complication progressive.

Enfin, son régime juridique est lui-même profondément original. Nous avons pu en dégager chemin faisant [1] les caractéristiques essentielles; il ne saurait être question de leur consacrer ici une étude spéciale dans laquelle nous serions amenés à reprendre des idées déjà plusieurs fois exposées. Mais il n'est pas inutile de les résumer rapidement.

Les particularités les plus remarquables du régime juridique de l'acte déclaratif sont les suivantes :

En premier lieu, l'acte déclaratif échappe au régime juridique de l'acte translatif ou de l'acte constitutif de droits.

En deuxième lieu, l'acte déclaratif se distingue des autres actes juridiques par le caractère singulier des règles qui gouvernent sa stabilité et qui subissent toujours une déformation par rapport au droit commun : il faut, à cet égard, faire une distinction entre les actes déclaratifs qui concernent un droit antérieur dont l'existence est absolument certaine et matériellement contrôlable et ceux qui concernent un droit préexistant par nature incertain et contestable.

La stabilité des premiers est subordonnée à leur exactitude : c'est ainsi qu'un partage ne sera valable qu'autant que les attributions de chaque copropriétaire seront conformes à la description théorique de ses droits par l'acte originaire d'investiture; une reconnaissance d'enfant naturel pourra être annulée si une reconnaissance postérieure émanant d'une autre personne paraît plus conforme à la vérité naturelle de la procréation; un dépôt de marque de fabrique ne sera efficace que dans la mesure où le déposant pourra justifier par rapport à certains tiers d'un usage antérieur, c'est-à-dire d'une propriété antérieure; certains actes récognitifs qui ont simplement pour objet de remplacer un titre primordial n'auront d'effets que dans la mesure où ce titre primordial existera.

1. Dans notre première partie.

Au contraire, la stabilité des actes déclaratifs concernant un droit incertain et contestable se trouve exceptionnellement renforcée : leur caractéristique réside dans l'autorité de chose jugée qui leur est attachée (jugements, transaction et partage judiciaire) ou dans leur irrévocabilité (reconnaissance). La présomption irréfragable de certitude dont ils sont revêtus a pour conséquence essentielle de rendre impossible leur annulation pour cause d'erreur de droit : tel est le cas de la transaction, celui du jugement passé en force de chose jugée et celui de l'aveu, on en comprend aisément l'explication si l'on songe que ces actes ont précisément pour objet de purger les erreurs de droit et de rendre certain un droit incertain.

Enfin, la troisième caractéristique importante de l'acte déclaratif paraît consister dans l'opposabilité *erga omnes* de son contenu. Sans doute, un tel acte juridique n'échappe-t-il pas à la règle de droit commun de la relativité de l'effet obligatoire. Mais il réalise l'exemple, sinon exceptionnel, du moins le plus typique de l'opposabilité des actes juridiques en tant que faits sociaux. En effet, dans la mesure où l'acte déclaratif a une fonction révélatrice et établit les droits et la situation juridique de telle ou telle personne vis-à-vis de telle autre, ou plus largement vis-à-vis de l'ensemble des sujets de droit, il est opposable à quiconque et quiconque peut tirer argument de son contenu.

Un dernier aspect du régime juridique de l'acte déclaratif reste à préciser : c'est la question de savoir dans quelle mesure cet acte rétroagit. Mais, en raison de son importance, ce problème fera l'objet d'une étude propre. C'est à lui que sera consacré le titre deuxième de ce livre [1].

1. On peut noter encore une singularité très remarquable, propre à la théorie de l'acte déclaratif : le jugement est apte à réaliser la fonction de n'importe quel autre acte déclaratif (il faut cependant faire une exception pour le dépôt de marque de fabrique). En effet, chaque fois que, pour une raison quelconque, la restitution de l'efficacité du droit préexistant ne peut s'opérer à l'aide d'un acte juridique du droit privé, le jugement reste toujours le recours subsidiaire mis à la disposition du titulaire du droit : à la reconnaissance volontaire d'enfant naturel fait pendant la reconnaissance judiciaire; à la reconnaissance unilatérale et à la transaction fait pendant le jugement contentieux; au partage amiable fait pendant le partage judiciaire. Ceci montre à quel point l'acte déclaratif correspond à une nécessité vitale du bon ordre juridique. Il s'agit, avant tout, de faire cesser un malaise dans la vie juridique. Dès lors, peu importent les procédures employées pourvu que ce but soit atteint.

TITRE II

LES EFFETS DE L'ACTE DÉCLARATIF

(DÉCLARATIVITÉ ET RÉTROACTIVITÉ)

229. L'étude générale et abstraite de la notion de rétroactivité n'a que très médiocrement tenté la doctrine française[1]. Les rares auteurs qui se sont aventurés sur ce terrain se sont bornés à dénoncer dans la rétroactivité une fiction légale ou doctrinale[2]; quant à la majorité des juristes, ils n'envisagent le concept de rétroactivité qu'à travers ses applications particulières[3].

Que faut-il entendre au juste par « effet rétroactif »; quel est le fondement de cet effet rétroactif? Voilà deux questions essentielles qui sont loin d'être résolues.

On peut d'autant plus s'étonner du manque d'ampleur des recherches entreprises que la notion de rétroactivité présente dans la vie juridique une importance exceptionnelle : elle se

1. La doctrine italienne s'est davantage intéressée à la question. Cf. Gabba, *Teoria della retroattivita*; Fulci, dans le *Circolo Giuridico*, 1879, 57; Pacchioni, *Diritto civile italiano*, parte prima vol. II, p. 215; Rava, *Istituzioni di diritto privato*, Padoue, Cedam, 1938, p. 102 et suiv.; Falco, *Sul principio della irretroattivita della lege*, *Riv. dir. com*, 1917.I.704; Donati, *Il contenuto del principio della irretroattivita della lege*, Rome, 1915; Zappuli, *Nuovo Digesto Italiano*, t. XI, v° *Retroattivita;* Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, p. 304; Bartoloméo Dusi, *Cenni intorno della retroattivita delle condizioni*, Studii Schupfer, t. III, p. 513 et suiv.

2. Gallet, *Étude sur la fiction de rétroactivité*. Thèse, Poitiers, 1903; Gény, *Science et technique*, t. III, n°s 240 à 252; Gégout, *La rétroactivité conventionnelle*, *Rev. crit.*, 1931. Cf. toutefois dans le sens de la réalité : Demogue, *Valeur et base de la notion de rétroactivité*, *Mélanges del Vecchio*, t. I, p. 163 et suiv., Modane, 1930; Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 100 et suiv.

3. Chausse, *Rev. crit.*, 1900, p. 529; Eygout, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*. Thèse, Paris, 1922; Leloutre (même sujet). Thèse, Caen, 1904, *Rev. crit.*, 1912, p. 232; *Rev. trim.*, 1907, p. 754; Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*.

Cet ouvrage était depuis longtemps rédigé lorsque parut l'important *Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques*, de M. Jambu-Merlin. (*Rev. trim.*, 1948, p. 271 et suiv.).

retrouve comme modalité des effets d'un très grand nombre d'actes juridiques.

Il n'est certes pas dans notre ambition d'entreprendre ici une étude aussi complexe. Mais notre recherche sur le concept d'acte déclaratif nous conduit au bord de ce problème... Il se produit dans la doctrine classique une interférence entre les notions d'effet déclaratif et d'effet rétroactif, l'une étant bien souvent dans le langage courant synonyme de l'autre.

Aussi, avant de préciser dans quelle mesure l'acte déclaratif est rétroactif et dans quelle mesure l'acte rétroactif n'est pas déclaratif, estimons-nous nécessaire de nous demander au préalable quel est le contenu habituel de la notion de rétroactivité?

CHAPITRE I

LA NOTION DE RÉTROACTIVITÉ

Il existe une manière à peu près générale de comprendre la rétroactivité d'un acte ou d'un fait juridique : notre premier objectif dans ce chapitre sera d'essayer de dégager cette conception classique. Après avoir précisé ce qui, selon nous, la rend inexacte ou dangereuse, nous tenterons de définir le concept d'effet rétroactif et de mettre en lumière son fondement juridique.

SECTION I

LA CONCEPTION CLASSIQUE DE LA RÉTROACTIVITÉ

§ 1.

EXPOSÉ DE LA CONCEPTION CLASSIQUE

Si l'on se penche sur la place tenue par la notion de rétroactivité en droit positif, on s'aperçoit rapidement que son rôle est double : elle joue d'abord un rôle technique qui apparaît lorsque l'on envisage les résultats habituellement exprimés sous le nom « d'effet rétroactif ».

Elle joue ensuite un rôle dogmatique, la rétroactivité étant une métaphore commode pour décrire et pour justifier l'effet rétroactif *stricto sensu*.

I. — L'ASPECT TECHNIQUE DE LA NOTION DE RÉTROACTIVITÉ

230. Merlin exprime d'une manière très satisfaisante ce que l'on entend ordinairement par « effet rétroactif » : « Ces termes, dit-il, désignent en général le produit d'une cause qui agit sur le passé [1]. » Dans la même perspective, M. Chevallier

1. Merlin, *Rép.*, v° Effet rétroactif.

définit l'acte rétroactif comme « celui qui produit effet sur les actes antérieurs à sa formation [1] ».

Les résultats caractéristiques de cet acte sont bien connus et il nous suffira de les rappeler brièvement : l'acte ou le fait doté d'un effet rétroactif remet en cause la validité ou l'invalidité des actes juridiques antérieurement conclus. Tantôt il consolide des actes juridiques accomplis dans le passé par le bénéficiaire de l'effet rétroactif; tantôt, au contraire, il anéantit les actes juridiques antérieurement accomplis par la victime de l'effet rétroactif.

L'effet rétroactif est donc, tour à tour, consolidateur et destructeur.

231. *La rétroactivité consolidatrice.*

Le propriétaire sous condition suspensive ou le possesseur en cours de prescription — pour prendre des exemples connus et fréquents — peuvent sans doute accomplir sur les biens dont ils ont l'espoir de devenir propriétaires, des actes juridiques. Mais ces actes juridiques sont, au moment où ils les consentent, dépourvus de validité parce qu'ils n'émanent pas du véritable propriétaire du bien : le propriétaire actuel peut en faire prononcer la nullité; en tout cas, ils lui sont inopposables.

Mais si la condition suspensive ou la prescription acquisitive se réalisent, les divers concédants deviennent propriétaires du bien et du même coup les actes juridiques qu'ils avaient accomplis sans droit dans le passé sont validés, consolidés : non seulement le propriétaire antérieur, évincé par l'avènement de la condition suspensive ou de la prescription, ne peut plus contester la validité de ces actes; mais encore les parties à l'acte sont liées l'une à l'autre et ne peuvent pas se dérober à l'exécution de leurs obligations : l'acte produit ses effets complets.

232. *La rétroactivité destructrice.*

Mais le résultat le plus intéressant et le plus substantiel de l'effet rétroactif consiste dans l'anéantissement des actes juridiques accomplis sur le bien par le propriétaire antérieur.

Ces actes étaient, au moment où ils ont été consentis, parfaitement valables puisqu'ils émanaient d'une personne dont le droit de propriété était certain et incontestable. Ils seront néanmoins complètement détruits par l'effet rétroactif.

1. Chevallier, *op. cit.*, p. 19; cf. ég. Demogue, *Valeur et base de la notion de rétroactivité, Mélanges del Vecchio*, p. 163; Chausse, *Rev. crit.*, 1900, p. 259.

Il y a là une situation tout à fait anormale et exorbitante du droit commun. Normalement, les actes juridiques consentis par le propriétaire antérieur d'un bien sont opposables au propriétaire postérieur. L'effet rétroactif porte donc une très grave atteinte au principe : *Prior tempore, Potior jure* et à la sécurité des conventions [1].

Aussi est-il tout à fait légitime que l'on se soit inquiété de découvrir le fondement juridique de cette anomalie et que l'on ait essayé d'expliquer comment, par le seul avènement de certains actes ou faits, un acte juridique qui, auparavant, était nul, devient valable et un acte juridique qui, auparavant, était parfaitement valable, est anéanti.

II. — L'aspect dogmatique de la rétroactivité

233. Pour l'ensemble des auteurs, la réponse est facile : ces résultats ne se justifient qu'en considérant que l'acte ou le fait auxquels ils sont attachés se sont produits à une date antérieure. La rétroactivité, dit-on couramment, « consiste à supposer qu'un fait juridique qui s'est réalisé à un moment déterminé s'est produit à une date antérieure » [2], il faut faire intellectuellement abstraction du passé et le traiter à l'inverse de ce qu'il était réellement.

Ainsi, pour expliquer « l'effet rétroactif » d'un acte ou d'un fait juridique, on fait intervenir la supposition de la « rétroactivité » de cet acte ou de ce fait lui-même : on l'antidate, en quelque sorte.

Cette attitude est d'ailleurs encouragée par le législateur dont les formules habituelles ne laissent, à cet égard, planer aucune équivoque. Il suffit de choisir au hasard parmi les textes décrivant l'effet rétroactif de telle ou telle institution pour constater ce parallélisme terminologique : « l'héritier qui renonce, stipule l'article 785 du Code civil, est censé n'avoir jamais été héritier... »; « la condition résolutoire, proclame à son tour l'article 1183, remet les choses au même état que si l'obligation n'avait jamais existé... »; « la communauté rétablie reprend son effet au jour du mariage », prescrit l'article 1541 du Code civil..., etc...

La conjugaison de ces formules doctrinales et législatives laisse entrevoir clairement que, pour l'ensemble des auteurs, le fonde-

1. Chevallier, *op. cit.*, p. 22.
2. Gallet, *op. cit.*, p. 7; cf. ég. Gégout, précité, p. 283; Chevallier, *op. cit.*, p. 26.

ment de l'effet rétroactif se trouve dans une fiction, car ce n'est qu'au mépris de la réalité la plus évidente que l'on peut reporter à une date antérieure la création ou l'acquisition d'un droit opérée à une date postérieure.

La rétroactivité, écrit M. Gény, « sert à exprimer des résultats que la pratique commande, mais que ne pourraient justifier sans elle le jeu des principes ». Pour l'éminent auteur, il s'agit d'un procédé de technique juridique, « d'un moyen de rendre compte de certaines solutions qui, malgré leur utilité, paraissent contraires à la réalité des faits [1] ».

De son côté, M. Chevallier, reflétant l'opinion commune écrit : « Le passé échappe à l'empire de notre volonté. Nous ne pouvons pas faire qu'il n'ait pas été ou qu'il ait été autrement qu'il fut... Un acte ne pourra donc être rétroactif que par le moyen d'une fiction par laquelle on envisagera l'acte comme s'il avait été passé à une date antérieure et on lui reconnaîtra les effets qu'il aurait eus s'il avait été effectivement passé à ce moment [2]. »

Le bien fondé apparent de ces affirmations se vérifie aisément si l'on envisage l'économie des actes ou des faits rétroactifs les plus connus.

C'est à propos de l'effet rétroactif de la condition que l'on a le plus souvent évoqué la fiction : il est bien évident que le propriétaire sous condition suspensive n'a pas un droit véritable tant que la condition ne s'est pas réalisée, il a seulement l'espoir de devenir propriétaire ; le véritable et l'actuel propriétaire, c'est incontestablement le propriétaire sous condition résolutoire.

Prétendre le contraire aboutirait en définitive à soutenir que le bien placé sous condition suspensive et sous condition résolutoire appartient en même temps à deux propriétaires, ce qui serait inexact aussi bien du point de vue purement technique qu'au point de vue de la psychologie des parties.

Aussi, si la rétroactivité de la condition consiste à considérer que le propriétaire sous condition suspensive a toujours été propriétaire du bien, tandis que le propriétaire sous condition résolutoire n'a jamais eu aucun droit sur lui, on nie la vérité : il y a une fiction légale [3].

Il en est de même en ce qui concerne la rétroactivité de la prescription, fait acquisitif du droit de propriété, puisque « le

1. Gény, *Science et technique*, t. III, nos 240 à 252.
2. Chevallier, *op. cit.*, p. 20.
3. Cf. Gallet, p. 64 et suiv. ; Eygout, *op. cit.*, nos 284 et suiv. ; Planiol, Ripert et Boulanger, t. II, nos 1358 et 1366.

possesseur est réputé propriétaire non pas seulement à compter du dernier jour du délai, mais dans le passé [1] ».

La rétroactivité de la résolution du contrat pour inexécution est également fondée sur une fiction puisque tout se passe « comme si le contrat n'avait jamais existé » [2], alors qu'en réalité ce contrat n'a été rompu qu'au jour où la résolution a été convenue, ou prononcée par le juge.

On pourrait multiplier les exemples; cela ne ferait que corroborer ce principe sur lequel la majorité des auteurs sont d'accord : chaque fois qu'un acte ou un fait juridique est translatif, constitutif ou acquisitif de droit, son effet rétroactif trouve son fondement dans une fiction [3].

§ 2.

CRITIQUE DE LA CONCEPTION CLASSIQUE

234. L'originalité de cette conception réside essentiellement dans la supposition qu'elle implique de la rétroactivité de l'acte ou du fait lui-même pour justifier la rétroactivité de ses effets : on établit un lien de cause à effet entre la rétroactivité « dogmatique » et la rétroactivité « technique ». La combinaison de ces deux résultats donne ce qu'il est devenu traditionnel d'appeler la « fiction de rétroactivité ».

Cette conception nous paraît peu satisfaisante pour l'esprit et au surplus dangereuse.

L'explication de la nature d'une institution par un recours à la fiction apparaît toujours comme une solution paresseuse : la fiction est un procédé provisoire d'interprétation du droit; c'est en quelque sorte une étiquette que l'on colle sur une institution en attendant de découvrir l'aspect de réalité qu'elle recouvre.

En ce qui concerne la rétroactivité, la doctrine de la fiction est le produit de la constatation suivante : dans certains cas, et pour des motifs variés d'utilité incontestable, le législateur ou la jurisprudence traite l'acquéreur d'un droit « comme s'il avait toujours été titulaire de ce droit »; on apporte une exception au principe de la transmissibilité intégrale des droits et des obligations entre deux propriétaires successifs d'un bien.

1. Cf. Ripert et Boulanger, t. I, n° 3216; Gallet, p. 141 et suiv.
2. Ripert et Boulanger, t. II, n° 536.
3. Seule la rétroactivité de certains actes déclaratifs paraît naturelle. Mais nous écartons volontairement l'acte déclaratif de la discussion, pour l'instant.

Mais est-ce une raison suffisante pour en conclure que l'effet rétroactif ne peut s'expliquer qu'en assignant à l'acquisition d'un droit une date qui n'est pas la sienne? Le résultat que, techniquement, on exprime sous le nom « d'effet rétroactif », n'est-il pas autre chose que la réaction *immédiate* d'un acte ou d'un fait juridique sur la situation antérieure qu'il détruit ou consolide pour l'avenir? Et serait-il impossible de découvrir dans la nature même de cet acte ou de ce fait juridique le principe naturel de cet effet original? La rétroactivité n'est, en effet, l'apanage que de certains actes ou faits juridiques; il n'est donc pas interdit de supposer que ces actes ou ces faits ont des caractéristiques communes. Il ne semble pas que l'on ait cherché à les découvrir : une telle recherche pourrait éviter peut-être de recourir à la fiction.

235. Au surplus, la conception classique est dangereuse. En considérant fictivement que l'acquisition de la propriété s'est faite à une date antérieure, on peut être amené, emporté par la force propre de cette formule, à faire produire à l'effet rétroactif des résultats plus larges que la consolidation ou la destruction des actes juridiques pour lesquelles il a d'abord été imaginé.

C'est ainsi que nous avons pu observer, à propos des retraits, comment certains auteurs appliquant à la lettre la formule selon laquelle le retrayant est censé avoir eu la propriété du bien retrayé depuis le jour de la cession primitive, ont étendu l'effet rétroactif aux rapports du retrayant avec ses propres ayants cause [1]. L'espèce était, on s'en souvient, la suivante : une femme s'était mariée en constituant en dot tous ses biens présents; avant le mariage, un de ses cohéritiers avait cédé à un tiers sa part indivise; la femme n'avait exercé le retrait qu'après son mariage. Il s'agissait de savoir si le bien retrayé pouvait, en vertu de l'effet rétroactif du retrait, être considéré comme un bien présent et dotal. Certains auteurs répondaient par l'affirmative, la femme étant censée avoir toujours été propriétaire du bien.

Une telle solution montre clairement les abus auxquels peut conduire l'usage de la « rétroactivité dogmatique » dans la détermination du domaine d'application de l'effet rétroactif.

Aussi est-ce dans un esprit quelque peu différent que nous allons essayer désormais de décrire le mécanisme et le fondement de l'effet rétroactif.

1. Voir *supra*, n° 39.

*

SECTION II

THÉORIE PROPOSÉE

Il n'est nullement dans notre ambition de présenter ici une contribution véritable à l'étude de la rétroactivité : un tel projet déborderait trop largement le cadre limité de cette thèse. Tout au plus nous bornerons-nous à esquisser quelques observations, ou à émettre quelques suggestions à portée limitée sur le fondement et le mécanisme de l'effet rétroactif.

§ 1.

LE FONDEMENT DE L'EFFET RÉTROACTIF

236. Il n'est pas impossible d'écarter complètement l'idée de fiction du problème de la rétroactivité : le fondement naturel de la rétroactivité apparaît, en effet, si l'on observe la nature particulière des actes et des faits auxquels elle est normalement attachée, et si l'on prend conscience du rôle complémentaire indispensable qu'elle joue dans la réalisation des effets de ces actes ou de ces faits juridiques.

I. — Le fondement technique de l'effet rétroactif

237. L'effet obligatoire vis-à-vis du propriétaire postérieur des actes juridiques accomplis sur le bien par le propriétaire antérieur trouve son principe dans le lien d'ayant cause à auteur qui unit ces deux personnes et dans le caractère translatif de l'acte générateur du droit de propriété du nouveau titulaire du bien. Aussi peut-on remarquer qu'un acte translatif n'est jamais rétroactif [1]. Il y a entre les concepts d'effet translatif et d'effet rétroactif une incompatibilité naturelle.

1. Une telle affirmation peut, au premier abord, paraître choquante si l'on songe qu'il n'est pas interdit aux parties de stipuler conventionnellement la rétroactivité d'un acte translatif, d'un contrat de vente, par exemple, auquel on assigne une date antérieure à sa date réelle de réalisation. Mais l'incompatibilité entre l'effet translatif et l'effet rétroactif *stricto sensu* apparaît si l'on observe que cette rétroactivité conventionnellement stipulée n'a d'effets qu'entre les parties et non vis-à-vis des tiers : les actes de disposition accomplis par le précédent propriétaire demeurent valables et les conflits de droits sont soumis au droit commun et sont réglés par la priorité dans la transcription (cf. Gégout, *La rétroactivité conventionnelle*, article précité, spéc. nos 6-7).

Cette constatation prend toute sa valeur si l'on analyse quelque peu la nature des principaux actes ou faits juridiques rétroactifs : un examen attentif met en lumière leur caractère d'éviction brutale et leur effet plus acquisitif » que translatif [1]. Ce qui les caractérise essentiellement, c'est l'acquisition d'un droit au profit d'une personne privilégiée et au détriment d'une autre par la seule volonté de la loi, en dehors de tout lien habituel d'ayant cause à auteur entre les deux titulaires successifs du droit : acquisition et éviction; tels sont les deux mécanismes complémentaires de l'acte ou du fait rétroactif. Ce sont ces deux particularités qui expliquent tout naturellement que le bénéficiaire de l'acquisition ne subisse pas sur le bien dont il devient propriétaire les conséquences des actes juridiques accomplis par le propriétaire antérieur : il n'y a pas eu de transfert volontaire de propriété, mais il s'est opéré une acquisition en quelque sorte forcée [2].

Des exemples précis feront mieux saisir cette singularité.

La prescription acquisitive en est un exemple typique : au bout d'un certain nombre d'années de possession continue, le possesseur devient propriétaire par la seule volonté du législateur et en dehors de l'agrément du véritable propriétaire. La prescription est, par excellence, un fait acquisitif de propriété.

Dans le domaine des actes juridiques, le retrait en est en quelque sorte le pendant, dans la mesure où son mécanisme est identique : ici encore, on peut vérifier le double processus de l'acquisition et de l'éviction. Le retrayant, par la seule vertu de la loi, acquiert la propriété du bien retrayé contre la volonté de l'acquéreur primitif qui se trouve en quelque sorte exproprié.

On peut observer le même phénomène dans la résolution d'un contrat pour inexécution : c'est contre la volonté de son cocontractant fautif que le contractant lésé acquiert à nouveau la propriété du bien dont il s'était dessaisi. De même, la révocation

1. Nous laissons provisoirement de côté les actes déclaratifs. Signalons cependant qu'ils ont avec les actes « acquisitifs » ce trait commun de n'être pas translatifs.

2. Parfois, cependant, le législateur étend les règles contractuelles à des actes de pure éviction et de pure acquisition, tels que la cession forcée de mitoyenneté, la vente sur saisie, le passage forcé en cas d'enclave et l'expropriation pour cause d'utilité publique : il y a alors ce que l'on a appelé un rapport contractuel d'origine légale (cf. Durand, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, Rev. trim.*, 1944, spéc. p. 87 et suiv.). Dans ce cas-là, l'acte ou le fait, bien que naturellement acquisitif, demeure translatif par la volonté du législateur, et il n'est pas doté d'un effet rétroactif. La brutalité de l'éviction est ici adoucie volontairement par la loi : sans doute pour des raisons particulières tenant à l'économie de ces divers actes qui, avant d'être forcés, sont amiables.

d'une donation réalise une acquisition nouvelle au profit du donateur, accompagnée d'une éviction du donataire.

Dans un domaine très différent, c'est encore sur le même modèle qu'est construite la surenchère du dixième faite par les créanciers hypothécaires contre l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué : ce dernier, qui a régulièrement acquis la propriété de l'immeuble, se trouve évincé contre sa volonté par les créanciers hypothécaires dotés d'un droit exceptionnel de surenchère et d'acquisition.

Il existe cependant au moins un fait rétroactif — le plus important — qui ne présente pas les caractères que nous venons de décrire : la condition. On ne peut pas soutenir, en effet, que le propriétaire sous condition suspensive n'est pas, après l'événement de la condition, l'ayant cause du propriétaire sous condition résolutoire. Il y a eu généralement un contrat préalable, qui prévoyait la condition. Mais il n'en est pas nécessairement toujours ainsi et le droit positif ne manque pas d'exemples de conditions indépendantes d'un contrat préalable : la condition suspensive peut être prévue dans un testament et dans ce cas son avènement est bien dans les rapports du propriétaire sous condition suspensive et du propriétaire sous condition résolutoire un fait purement « acquisitif ».

L'objection demeure cependant lorsque la condition a été prévue dans un contrat. Mais nous allons voir immédiatement pourquoi elle tombe d'elle-même : c'est que si, dans ce cas, l'effet rétroactif n'est pas directement fondé sur le caractère acquisitif du fait juridique, il trouve toutefois son fondement dans la nécessité de permettre à la condition de produire tous ses effets.

II. — Le fondement logique de l'effet rétroactif

238. L'effet rétroactif n'est pas seulement justifié par l'absence d'effet translatif de certains actes ou de certains faits juridiques, il est aussi imposé par des nécessités logiques : sans le secours de l'effet rétroactif, aucun de ces actes ou de ces faits juridiques ne pourrait se réaliser. C'est ce que l'on peut aisément vérifier en reprenant les exemples dont nous venons de nous servir.

La survenance de l'événement qui faisait l'objet de la condition entraîne immédiatement l'exécution du contrat préalable, c'est-à-dire l'acquisition de la propriété au profit de l'acheteur, et la résolution de la propriété du vendeur (on retrouve ici même

cette acquisition et cette éviction qui caractérisent le fait rétroactif). Si le propriétaire sous condition résolutoire avait pu, avant l'arrivée du fait conditionnel, se défaire de la propriété du bien et si cette aliénation était opposable après l'événement de la condition au propriétaire sous condition suspensive, il est bien évident que les effets de la condition ne pourraient pas se produire. C'est pour éviter ce résultat que la condition entraîne un effet rétroactif.

C'est une constatation identique que l'on peut faire en ce qui concerne tous les autres actes ou faits rétroactifs : la prescription serait un vain mot si son bénéficiaire devait s'incliner devant l'aliénation de l'immeuble effectuée auparavant par le propriétaire; le retrait serait une prérogative dérisoire si l'acquéreur primitif pouvait en paralyser l'exercice en se débarrassant aussitôt de la propriété du bien; la résolution du contrat pour inexécution, la surenchère du dixième, ne pourraient, dans les mêmes conditions, produire aucun effet.

239. Ainsi, l'effet rétroactif apparaît-il comme la conséquence maîtresse de tous les actes ou de tous les faits acquisitifs de droits : il est le complément technique indispensable à leur réalisation. L'exception au principe *Prior tempore, Potior jure* est donc, de ce fait, beaucoup moins inexplicable que l'on s'est quelquefois plu à le dire. L'adage *Prior tempore, Potior jure* n'est, en effet, qu'une des règles les plus importantes de solution des conflits entre les droits, mais non la seule [1].

L'exception qui lui est apportée ici est parfaitement justifiée par le particularisme de l'acte ou du fait rétroactif : privilégié, par rapport au propriétaire du bien, dans la possibilité que lui offre la loi d'évincer ce dernier, on ne voit pas pourquoi le bénéficiaire de l'acte ou du fait rétroactif ne conserverait pas ce privilège vis-à-vis des tiers ayant acquis des droits sur le bien. Le but de l'acte ou du fait rétroactif est d'évincer le titulaire actuel du bien, *quel qu'il soit*, pour lui en substituer un autre : l'éviction est en quelque sorte objective, elle n'est jamais subjective, seule la personne de son bénéficiaire importe. Il est donc très logique que soit offerte à ce dernier la possibilité d'aller chercher le bien dont il devient propriétaire en quelques mains qu'il se trouve.

Ainsi, les quelques observations que nous venons de faire permettent-elles d'écarter l'idée de fiction du fondement de l'effet rétroactif : celui-ci est, au contraire, directement fondé

1. Cf. Demogue, article précité, p. 167.

sur la nature particulière de certains actes ou de certains faits juridiques.

Mais il faut aller plus loin et renoncer à tout recours à la notion de fiction jusque dans les mots et en particulier jusque dans la description du mécanisme de l'effet rétroactif.

§ 2.

LE MÉCANISME DE L'EFFET RÉTROACTIF

240. Nous avons vu comment on explique généralement l'effet rétroactif d'un acte ou d'un fait juridique, par la rétroactivité de cet acte ou de ce fait juridique, lui-même : on suppose que cet acte s'est réalisé à une date antérieure, autrement dit, on l'antidate. C'est à ce procédé purement méthodologique que nous avons donné le nom de « rétroactivité dogmatique ».

En réalité, la rétroactivité « dogmatique » est parfaitement inutile pour décrire la rétroactivité « technique » : l'antidate d'un acte et l'effet rétroactif de cet acte sont deux choses très différentes qu'il faut soigneusement dissocier.

L'antidate n'est qu'un moyen artificiel de provoquer la rétroactivité, qui est normalement un phénomène naturel. Alors que celle-ci découle de la nature même de certains actes ou de certains faits juridiques, le désir est né de s'en octroyer le bénéfice dans des hypothèses où la nature des choses répugne à son application.

C'est ainsi que, conventionnellement, et pour des raisons diverses de commodité, les parties peuvent stipuler que leur accord produira ses effets à partir d'une date antérieure [1], par exemple. Logiquement, la révocation d'un contrat de vente par mutuel dissentiment ne doit pas être rétroactive; il s'agit, en effet, d'un nouvel acte translatif de propriété incompatible avec tout effet rétroactif. Les parties peuvent cependant méconnaître la réalité et assigner à cette révocation la date du contrat de vente primitif : tout se passera comme s'il n'y avait eu aucune vente. Mais cette convention d'antidate n'aura d'efficacité qu'entre les parties et non vis-à-vis des tiers, pour qui elle est *res inter alios acta*, de telle sorte que les résultats habituels de l'effet rétroactif ne se produiront pas : si le propriétaire intérimaire a accompli sur la chose des actes de disposition, ils reste-

1. Cf. Gégout, *La rétroactivité conventionnelle*, article précité, nos 6 et suiv.

ront valables. Il en est d'ailleurs ainsi chaque fois que la rétroactivité d'un acte est le fruit d'une antidate, c'est-à-dire chaque fois qu'elle ne trouve pas son fondement dans la nature des choses : l'acte rétroagit entre les parties mais jamais vis-à-vis des tiers qui ont acquis des droits sur l'objet [1].

L'antidate n'est pas seulement un procédé conventionnel, elle est aussi quelquefois employée par le législateur. Pour des raisons de pure commodité, lorsqu'une opération juridique se réalise en plusieurs étapes, la loi stipule que ses effets se produiront au jour initial : c'est ainsi que l'acceptation et la renonciation à une succession ont un effet rétroactif au jour de l'ouverture de la succession ; que la ratification des actes d'un gérant d'affaires remonte au jour où ces actes ont été accomplis... La jurisprudence elle-même applique souvent ce procédé : la règle *infans conceptus pro nato habetur* en est un exemple très net, ainsi que la jurisprudence sur la légitimité d'origine de l'enfant conçu avant le mariage [2]. Dans ces différents cas, la supposition de l'antidate n'est pas absolument contraire à la nature des choses : on considère comme un bloc homogène une opération juridique ou matérielle qui, en réalité, est successive.

Mais l'effet rétroactif *stricto sensu*, tel que nous l'avons défini et avec le fondement que nous lui avons donné, n'a rien à voir avec l'antidate. Bien au contraire, il l'exclue formellement.

241. En quoi consiste l'effet rétroactif? C'est la réaction immédiate d'un acte ou d'un fait juridique sur la situation antérieure qui est mise en harmonie avec la situation nouvelle par des destructions ou des consolidations d'actes juridiques antérieurement valables ou inefficaces. Aussi l'effet rétroactif, contrairement à ce que suggère la terminologie qui l'exprime, se produit-il *au jour même de la réalisation de l'acte ou du fait auquel il est attaché*. On pourrait donc soutenir sans paradoxe que l'effet rétroactif n'est en réalité qu'un effet immédiat.

Au reste, cette idée a été clairement entrevue en France par Demogue, et en Italie par certains auteurs, en particulier par MM. Stolfi et Bartolémeo Dusi.

Voici ce qu'écrivait Demogue : « Un acte au sens le plus large du terme (acte législatif ou juridique) agit dans le passé : il le

1. Cf. Gégout, article précité, p. 292 et suiv. La doctrine italienne fait à cet égard une distinction entre deux sortes de rétroactivités : la rétroactivité dite « réelle » qui se produit même à l'égard des tiers, et la rétroactivité dite « personnelle et obligatoire » qui n'a d'effets qu'*inter partes*. Cf. Zappuli, *Nuovo digesto italiano*, t. XI, v° Retroattivita, spéc. p. 509.

2. Cf. Rouast, *Les tendances individualistes de la jurisprudence en matière de filiation légitime*, *Rev. trim.* 1940-1941, p. 223 et suiv.

fait non pas en ce sens qu'il remonte le cours des temps, mais il produit dans l'avenir des conséquences telles qu'un acte qui, pendant un certain temps, était considéré comme régulier, ayant des conséquences juridiques, est traité désormais comme un fait illicite ou non avenu (...). « Ce qu'on nomme rétroactivité n'est donc pas une fiction en vertu de laquelle tout doit se passer comme si une personne avait déjà été titulaire de son droit alors qu'elle ne l'était pas [1]. »

C'est exactement dans le même sens que concluent MM. Stolfi et Dusi. Pour M. Stolfi [2], la rétroactivité est un phénomène naturel qui se produit à la date réelle de l'acte auquel elle est attachée, tandis que l'antidate est un phénomène artificiel. Quant à M. Dusi, il soutient avec beaucoup de bon sens que la rétroactivité n'est que « la comparaison juridique et économique, mais non pas effective et matérielle, de deux états de droits différents [3] ».

Ces constatations — qui, au demeurant, se ramènent à de simples précisions terminologiques — ont une valeur pratique et dogmatique considérable : l'effet rétroactif, se produisant au jour même de l'acte auquel il est attaché n'implique pas la négation de la situation antérieure [4]. Il n'est nullement nécessaire de considérer que celle-ci n'a jamais existé. Bien au contraire, il faut prendre conscience de son existence réelle pour concilier avec elle le fonctionnement de l'effet rétroactif.

Par définition, l'effet rétroactif suppose deux réalités qui doivent être respectées dans la mesure du possible : un bien qui, auparavant, était soumis à la puissance juridique intégrale d'une personne devient la propriété d'une autre.

On peut remarquer que la jurisprudence, toujours guidée par le souci de concilier tous les intérêts en présence, s'efforce déjà depuis de longues années de limiter le fonctionnement de l'effet rétroactif en réservant la stabilité des actes d'administration accomplis par le précédent propriétaire [5]. Il s'agit là d'une exception à peu près générale à la règle de l'effet

1. Demogue, article précité, p. 163.

2. Stolfi, *Natura giuridica del negozio d'accertamento*, *Riv. proc. civ.*, 1933, I, spéc. p. 172 et suiv.

3. Bartoloméo Dusi, *Cenni intorno della retroattivita delle condizioni*, *Studii Schupfer*, t. III, p. 513 et suiv., spéc. p. 545-546.

4. Cf. Dusi, *op. cit.*, p. 545 : « Un changement radical de l'état antérieur est-il vraiment essentiel à la rétroactivité, la totale élimination du rapport juridique précédent est-elle inéluctable? Non... » etc...; cf. ég. Zappuli, *op. cit.*, p. 509, col. 2.

5. Cf. Gallet, *op. cit.*, p. 115 et suiv.; Weil, *La relativité des conventions*. Thèse, Strasbourg, 1938, spéc. p. 830 et suiv.; Zappuli, *op. cit.*, p. 510, col. I.

rétroactif, dont l'opportunité n'a jamais été contestée, mais dont la justification est généralement assez hésitante. On en perçoit nettement le fondement si l'on se souvient que l'effet rétroactif a pour raison d'être essentielle et même exclusive de garantir la réalisation complète de l'acte ou du fait auquel il est attaché : il faut que le nouveau titulaire du droit de propriété puisse effectivement exercer son droit sur la chose. Il est donc normal que l'effet rétroactif intervienne pour anéantir tous les actes juridiques antérieurs qui seraient susceptibles de compromettre dans le présent ou dans l'avenir la jouissance effective du droit de propriété nouvellement acquis. La détermination de ces actes est facile à opérer. Ce sont les actes de disposition, principalement la vente, dont le maintien serait un obstacle intégral à la réalisation de l'acte ou du fait « acquisitif », et l'hypothèque qui risquerait dans l'avenir d'empêcher cet acte ou ce fait de produire ses effets en mettant en péril le nouveau droit de propriété.

Les actes d'administration, au contraire, ne comportent pas les mêmes risques. Par définition, ils profitent à la chose et par là même à son propriétaire, quel qu'il soit. Il n'y a donc aucune raison de ne pas les maintenir et de donner par là même une valeur positive à la situation passée.

***

Les observations que nous venons de faire sur la notion de rétroactivité ont été volontairement circonscrites sur le plan du droit commun des actes juridiques.

Il nous faut maintenant examiner quelles sont les déformations que subit ce concept dans l'acte déclaratif.

Ce sera l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE II

LA RÉTROACTIVITÉ DE L'ACTE DÉCLARATIF

242. Sous la pression d'une interprétation déformante une curieuse osmose s'est produite entre les concepts d'effet déclaratif et d'effet rétroactif. Ces deux termes sont devenus synonymes, à tel point qu'il n'est pas rare de déceler en arrière-plan de tel ou tel raisonnement la présence implicite du dyptique suivant : tout acte déclaratif est rétroactif; tout acte rétroactif est déclaratif.

L'origine de ces axiomes peut aisément être mise en lumière : dans l'assimilation qu'ils opèrent entre la notion de rétroactivité d'un acte juridique et la notion de fiction, les auteurs réservent généralement le cas de l'acte déclaratif tel qu'il est défini par la théorie classique (acte qui constate un droit sans le modifier). Du moment, en effet, que cet acte se borne à constater un droit préexistant, ce n'est pas trop faire violence à la nature des choses que de faire remonter ses effets au jour de la naissance du droit déclaré.

Ce fondement naturel ainsi découvert à la rétroactivité dans la nature déclarative d'un acte, certains auteurs ont essayé de l'appliquer à toutes les autres applications de la rétroactivité; ils ont dit que les actes ou les faits juridiques qui ont pour résultat l'acquisition rétroactive d'un droit avaient un « effet déclaratif ». De telle manière que l'acte rétroactif ordinaire est parfois apparu comme une variété secondaire de l'acte déclaratif : ce ne serait pas, dans ce cas, la déclarativité qui postulerait la rétroactivité, mais plutôt la rétroactivité elle-même qui engendrerait la déclarativité dans la mesure où elle permet de reporter dans le passé la date d'acquisition d'un droit. C'est ainsi que M. Voirin parle de « l'effet déclaratif ou rétroactif » qui est attaché à « l'avènement d'une condition casuelle[1] » et que de nombreux auteurs, pour désigner l'effet rétroactif du retrait parlent de son effet « déclaratif ».

Ces interférences entre les concepts d'effet déclaratif et d'effet

1. Voirin, *op. cit.*, p. 703.

rétroactif sont désormais tellement complètes dans l'esprit d'une partie de la doctrine que l'on se demande sérieusement « s'il est possible de distinguer avec sûreté l'effet déclaratif de l'effet rétroactif », car « pratiquement l'acte qui fait acquérir un droit avec rétroactivité n'est pas très différent de l'acte qui déclare un droit latent préexistant [1] ».

243. L'assimilation que l'on fait entre les deux concepts est cependant inexacte et porte la responsabilité de pas mal d'équivoques.

Quelques civilistes contemporains, — en particulier M. Hébraud —, ont démontré, depuis quelques années, que, pour être liées, les notions d'effet déclaratif et d'effet rétroactif n'en sont pas moins distinctes :

« La déclarativité et la rétroactivité, écrit M. Hébraud, ont entre elles un lien incontestable. Du moment qu'un acte déclare une situation antérieurement existante, il est logique et normal que les conséquences de cette situation se produisent du jour où elle est née et non pas seulement du jour où elle est révélée, donc rétroactivement par rapport à l'acte déclaratif. Mais il n'y a pas un lien nécessaire et indissoluble. Ainsi, d'une part, il peut y avoir déclarativité sans rétroactivité : la question de rétroactivité ne s'est guère posée pour les effets de la transaction, alors qu'elle est déclarative; d'autre part, la rétroactivité est certainement attachée à la condition et à la prescription, alors qu'il n'est pas question de déclarativité [2] ».

Ces lignes et leurs prolongements substantiels, dont nous avons donné de larges aperçus à propos du partage, ne sont pas restées sans écho dans la doctrine contemporaine et nous avons pu constater que plusieurs auteurs se sont ralliés, tout au moins sur le plan du partage, à la distinction de l'effet déclaratif et de l'effet rétroactif [3].

Au surplus, nous avons pu souligner tout au long de cette étude à quelle réalité profonde correspondait cette distinction.

Il n'est nullement malaisé de démontrer l'inexactitude de la formule selon laquelle tout acte rétroactif serait aussi déclaratif; la preuve en a été faite dans le chapitre précédent; la plupart

1. Voirin, *op. cit.*, p. 707; cf. Durand, *Rev. crit.*, 1936, p. 167-168; Josserand, *Cours de droit civil*, t. III, n° 92; Génin, *Traité des hypothèques et de la transcription*, n^os^ 47 et suiv.

2. *Cours*, p. 167, *Rev. trim.*, 1938, p. 64.

3. Cf. Batiffol, notes au S. 1938.II.377 et au S. 1941.I.233; Raynaud, note au S. 1946.II.101, p. 103, 1re colonne; Ripert et Boulanger, t. III, n^os^ 3123 et 3127.

des actes ou des faits rétroactifs, ont une nature opposée à celle de l'acte déclaratif puisqu'ils sont « acquisitifs » de droit.

Quant à la formule selon laquelle tout acte déclaratif est rétroactif, elle demande à être précisée car, telle qu'elle est habituellement présentée, elle repose sur la confusion entre rétroactivité « dogmatique » et rétroactivité « technique » que nous avons déjà signalée dans le chapitre précédent.

Elle est tout d'abord inexacte si l'on se place dans la perspective de la théorie classique de l'acte déclaratif. En effet, si l'acte déclaratif se borne à constater un droit sans le modifier, ce n'est pas lui qui rétroagit, mais le droit préexistant qui produit ses effets [1].

Si, au contraire, on envisage l'acte déclaratif tel qu'il est, c'est-à-dire avec toutes les modifications qu'il apporte au droit préexistant, ce qui n'est qu'une simple métaphore dans la plupart des cas, devient l'expression d'une réalité : l'application logique de la formule classique devrait conduire à faire « remonter » les effets propres de l'acte déclaratif au jour de la naissance du droit déclaré, c'est-à-dire à considérer que l'acte déclaratif s'est produit à une date antérieure à la sienne.

C'est la raison pour laquelle on a vu dans l'effet déclaratif du partage une fiction; c'est aussi une des raisons pour lesquelles on a forgé la notion de jugement constitutif.

En réalité, il s'agit ici, comme ailleurs, de dissocier les concepts de rétroactivité « dogmatique » et de rétroactivité « technique ». La plupart des actes déclaratifs entraînent bien un « effet rétroactif », c'est-à-dire qu'ils remettent en cause la validité ou l'invalidité des actes antérieurs à leur réalisation. Mais il n'est nullement utile — et il serait même contraire à la nature des choses — de supposer que l'acte déclaratif produit ses effets à une date antérieure à la sienne. La détermination de ces effets autonomes et de leur date est logiquement impliquée par le contenu du concept d'effet déclaratif qui est complètement distinct de l'effet rétroactif *stricto sensu*.

C'est ce que nous allons nous efforcer de montrer en envisageant séparément la date à laquelle l'acte déclaratif produit ses divers effets, et l'effet rétroactif lui-même qui est très souvent attaché à cet acte.

1. Cf. Voirin, *op. cit.*, p. 703; L. Mazeaud : *La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits. Rev. trim.*, 1929, p. 31.

SECTION I

LA DATE DES EFFETS DE L'ACTE DÉCLARATIF

244. La détermination de la date des effets de l'acte déclaratif doit se faire par référence au contenu même de l'effet déclaratif. Tout acte déclaratif comporte un double aspect : il a un effet négatif sur la création ou le transfert du droit déclaré, et un effet positif sur certains éléments juridiques de ce droit, en particulier sur son efficacité.

Il est bien évident que l'apport nouveau ou la transformation du droit préexistant se produisent à la date même de l'acte déclaratif. Quant à l'effet négatif de cet acte, il signifie que le droit préexiste. Aussi dans certaines hypothèses — lorsque ce droit n'était pas frappé d'inefficacité juridique — il aura pu, par lui-même et par la seule vertu de sa préexistence produire avant l'intervention de l'acte déclaratif certains effets qui lui sont propres.

Dès lors, le régime juridique de l'acte déclaratif apparaît clairement :

Il faut distinguer les effets propres du droit préexistant qui, eux, se produisent au jour de la naissance de ce droit, par la vertu d'un phénomène naturel et sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir la notion de rétroactivité ; et les effets propres de l'acte déclaratif, qui se produisent à la date réelle de cet acte, sans rétroactivité.

§ 1.

LE DROIT « DÉCLARÉ » PRODUIT SES EFFETS PROPRES A PARTIR DU JOUR DE SA NAISSANCE

245. Nous avons essayé de montrer que le droit qui fait l'objet de l'acte déclaratif est toujours un droit entravé dans son exercice. Mais tantôt il s'agit d'une inefficacité pratique, tantôt d'une inefficacité juridique. Dans ce dernier cas, non seulement le droit ne peut pas être exercé par son titulaire, mais encore il ne produit naturellement aucun effet. Au contraire, lorsqu'il est atteint d'inefficacité pratique, le seul obstacle à son exercice réside dans son incertitude ; mais cette incertitude ne l'empêche pas de produire juridiquement ses effets, par la seule vertu de

son existence; c'est-à-dire que si une créance ne peut être récupérée contre le débiteur parce qu'elle est contestée, cette contestation ne fait que rendre provisoirement incertaine la réalité incontestable de la dette du défendeur. Dès lors, lorsque le lien d'obligation aura été rendu apparent par l'acte déclaratif, il n'y aura aucun inconvénient à dire que ce lien d'obligation a, malgré la contestation dont il était l'objet, produit juridiquement et par la force des choses tous ses effets propres.

Ainsi, est-ce principalement à propos du fonctionnement des actes déclaratifs *indicatifs* qu'il est nécessaire d'isoler les effets propres du droit préexistant des effets propres de l'acte. Mais il serait inexact de prétendre que le problème ne peut pas se poser à propos des actes déclaratifs *impératifs*[1] : sans doute, la plupart du temps la question ne se pose pas, parce que le droit préexistant étant atteint d'inefficacité juridique n'a pu, par lui-même produire aucun effet; mais nous avons vu[2] que, bien souvent, l'inefficacité juridique n'atteint que certains effets partiels du droit, les autres demeurant naturellement efficaces : c'est ainsi que la propriété de la marque de fabrique produit en dehors du dépôt de la marque certains effets; elle permet d'intenter une action en dommages-intérêts fondée sur l'article 1382 du Code civil; elle peut valablement se transmettre en dehors du dépôt. D'autre part, nous avons signalé que dans certaines hypothèses déterminées le législateur apportait une exception limitée à la règle de l'inefficacité juridique de certains droits ou de certaines situations, telle par exemple la séparation de corps ou le divorce, en leur restituant cette efficacité à une date antérieure au jugement.

Dans ces divers cas, il redevient alors possible de tenir compte des effets propres du droit intervenus avant l'acte déclaratif.

Dès lors, chaque fois que dans un problème déterminé la solution dépendra du point de savoir si le droit préexistait à l'acte déclaratif et s'il était juridiquement efficace, il faudra dire que le droit a produit tous ses effets propres à partir du jour de sa naissance.

Mais il est dans ce cas parfaitement inutile de justifier la solution par la prétendue rétroactivité de l'acte déclaratif, comme on a l'habitude de le faire : sans doute est-ce incontestablement à cause de la constatation du droit par l'acte décla-

1. Sur la distinction que nous proposons entre les actes déclaratifs-indicatifs et les actes déclaratifs-impératifs, voir *supra*, nos 222 et suiv., 225 et suiv.
2. *Supra*, no 218.

ratif que l'on peut, avec sûreté, dire que ce droit a produit tous ses effets depuis sa naissance. Mais il est inutile de faire « rétroagir » la constatation pour expliquer la production de ces effets dans le passé : la constatation permet au droit de s'exercer dans l'avenir sans entrave, et, au jour même où elle est faite, elle permet d'affirmer que le droit a juridiquement produit tous ses effets naturels dans le passé.

§ 2.

LES EFFETS PROPRES DE L'ACTE DÉCLARATIF SE PRODUISENT A SA DATE RÉELLE

246. Les inconvénients du recours traditionnel et systématique à la notion de rétroactivité dans tous les problèmes posés par le régime juridique de l'acte déclaratif sont particulièrement sensibles lorsque ce sont les effets propres de cet acte qui sont en jeu.

Leur appliquer la formule de la rétroactivité, cela revient à leur assigner une date qui n'est pas la leur. Il y a une fiction qui est responsable d'un certain nombre d'abus et qui est à l'origine de certaines difficultés. En réalité, la seule règle que l'interprète doive avoir à l'esprit est la suivante : les effets de l'acte déclaratif prennent date à partir du jour de la réalisation de cet acte.

Les exemples des abus auxquels pourrait conduire, ou a effectivement conduit, l'application des formules doctrinales sont multiples; nous les avons soulignés tout au long de cette étude.

En matière de reconnaissance d'enfant naturel, une application rigoureuse du principe de la rétroactivité aurait pour résultat l'annulation du mariage contracté avant sa reconnaissance par l'enfant naturel, pour défaut d'autorisation paternelle ou maternelle : nous avons vu comment une telle solution ne pourrait se justifier qu'en reportant au jour du mariage les effets de la reconnaissance sur l'attribution de la puissance paternelle à son auteur[1]. Ce serait une fiction injustifiable et la négation de la date réelle à laquelle la reconnaissance a produit ses effets.

On sait que le dépôt de marque de fabrique a pour conséquence essentielle de permettre au titulaire de la marque d'en poursuivre l'usurpation devant les tribunaux correctionnels par l'action en contrefaçon. Certains auteurs, pris au piège des formules traditionnelles sur la rétroactivité de l'acte déclaratif ont pré-

1. *Supra*, n° 24.

tendu que le dépôt permettait d'intenter l'action en contrefaçon contre des usurpations antérieures : ceci revenait à transformer par la rétroactivité du dépôt un simple usager concurrent, sans doute de bonne foi, en contre-facteur pur et simple. Là encore, il y avait fiction et méconnaissance de la date réelle des effets du dépôt [1].

Mais c'est surtout à propos du régime juridique des jugements déclaratifs que les inconvénients du principe de la rétroactivité se sont fait le plus vivement sentir. Nous avons montré comment l'application de cette formule erronée aboutit dans certains cas à considérer comme préexistants des résultats qui sont l'œuvre propre du jugement, tels que l'obligation de verser des dommages-intérêts moratoires, ou la compensation entre deux créances [2].

Enfin nous avons signalé à propos du partage les abus regrettables dus à l'application de la prétendue règle de rétroactivité : on a utilisé la rétroactivité du partage pour effacer les éléments constitutifs de la déchéance du bénéfice d'inventaire, pour éliminer les éléments constitutifs du délit de vol ou encore pour la solution du problème des conflits de lois dans le temps, au mépris évident de la réalité la plus incontestable [3].

Sans doute, la plupart de ces résultats, logiquement imposés par la formule de la rétroactivité, ont-ils été, en fait évités par la jurisprudence, mais au prix d'une déformation regrettable de la nature des institutions : c'est ainsi que pour éviter la rétroactivité de certains jugements déclaratifs la jurisprudence a trouvé un exutoire dans la notion de jugement constitutif. Une telle attitude montre bien à quel point la jurisprudence s'abuse elle-même sur la prétendue « rétroactivité » de l'acte déclaratif, puisque lorsque l'équité lui en fait sentir les inconvénients, elle éprouve le besoin de dénaturer l'institution en lui déniant tout caractère déclaratif. En réalité ces expédients sont inutiles si l'on écarte l'idée erronée de rétroactivité et si l'on prend conscience du fait que les effets propres de l'acte déclaratif se produisent à sa date réelle.

Parfois la confusion entre l'effet déclaratif et l'effet rétroactif a produit de véritables crises jurisprudentielles persistantes : c'est ainsi que l'on a cru que l'opposabilité aux tiers des résultats du partage n'était possible qu'en recourant à la rétroactivité de cet acte. Pour la plupart des auteurs, opposer aux tiers les résultats du partage, c'est leur opposer la rétroactivité

1. *Supra*, n° 30.
2. *Supra*, nos 89 et suiv.
3. *Supra*, nos 201 et suiv.

de cet acte et appliquer au mépris de leurs droits la maxime mensongère aux termes de laquelle le copartagé a toujours été propriétaire des biens mis dans son lot et n'a jamais été copropriétaire de biens mis dans le lot des autres [1].

Cette interprétation est absolument inexacte : si l'on admet que le partage est un acte déclaratif par nature, opposer son contenu aux tiers, c'est leur opposer, à leur date réelle, ses effets propres, c'est-à-dire son absence d'effet translatif et la détermination qu'il opère de l'assiette du droit de propriété préextant de chaque copartageant. Il est donc parfaitement inutile de faire abstraction de l'état d'indivision dans lequel se sont trouvés pendant un certain temps les biens partagés.

247. Ainsi, pouvons-nous faire justice de ce qu'il y a d'erroné dans la formule selon laquelle tout acte déclaratif est « rétroactif »; on vise, le plus souvent, sous ce terme cette rétroactivité « dogmatique » dont nous avons à plusieurs reprises signalé le caractère équivoque, l'inutilité et les dangers. L'acte déclaratif — pas plus que l'acte rétroactif ordinaire d'ailleurs — ne doit jamais être antidaté. Comme l'a très justement écrit M. Stolfi : « Les effets des actes déclaratifs prennent date à partir du jour de leur conclusion et ont une incidence sur les rapports antérieurs; dans ceci seulement réside leur caractéristique et non dans l'opposabilité aux tiers d'une date réglée de façon différente [2] ».

Cette « incidence sur les rapports antérieurs » à laquelle fait allusion M. Stolfi, n'est autre chose que l'un des multiples effets que produit *à sa date* l'acte déclaratif : « l'effet rétroactif », dont l'étude fera l'objet de la section suivante.

SECTION II

L'EFFET RÉTROACTIF DE L'ACTE DÉCLARATIF

248. Contrairement à l'ensemble de la doctrine certains auteurs ont soutenu qu'en réalité l'acte déclaratif n'est jamais rétroactif. L'acte déclaratif, prétendent ces auteurs, met en lumière l'inexistence d'un droit ou d'une situation juridique. Dès lors tous les effets des actes juridiques accomplis antérieu-

1. *Supra*, n° 192.
2. Stolfi, *Natura giuridica del negozio d'accertamento*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 174.

*

rement à l'acte déclaratif en fonction de ce prétendu droit ou de cette prétendue situation juridique doivent eux-mêmes être être tenus pour inexistants : les actes passés sur un immeuble par une personne qui n'était pas propriétaire ne sont pas rétroactivement anéantis par l'acte déclaratif de la propriété d'un tiers; ils ont toujours été inopérants en raison du défaut de pouvoir de leur auteur [1].

Si séduisantes soient-elles ces affirmations se heurtent à de graves objections : appliquée au partage, par exemple, cette théorie suppose nécessairement que les actes accomplis sur les biens communs par un quelconque indivisaire sont dès l'origine nuls. Or telle n'est pas, nous l'avons vu, la règle du droit positif puisque la jurisprudence déclare ces actes simplement inopposables aux autres coindivisaires [2].

Appliquée à la reconnaissance d'enfant naturel cette théorie suppose encore que les actes juridiques accomplis en faveur de l'enfant ou contre lui avant la reconnaissance sont *ab initio* nuls s'ils sont en contradiction avec le statut juridique de l'enfant naturel. Or nous avons souligné comment un tel point de vue était insoutenable en raison de l'inefficacité juridique de l'état d'enfant naturel avant la reconnaissance [3]. Appliquée enfin à la transaction et au jugement cette théorie n'est pas plus convaincante : comment supposer que le jugement de résolution ou de révocation, par exemple, n'est pas rétroactif puisqu'il anéantit des actes juridiques qui auparavant étaient absolument réguliers et valables?

Il ne saurait apparemment exister de doute qu'en ce qui concerne le jugement de nullité ou le jugement déclaratif de propriété.

Le premier constate une nullité antérieure; mais on s'aperçoit bien vite que l'anéantissement des actes accomplis en fonction de l'acte nul est nécessairement le résultat d'un effet rétroactif car la nullité ne produit pas ses effets de plein droit; le juge doit la prononcer [4]. Quant au jugement déclaratif de propriété, il

1. Voirin, *op. cit.*, p. 703; L. Mazeaud (en ce qui concerne l'effet rétroactif des jugements), article précité, p. 42; Glasson-Tissier et Morel (en ce qui concerne l'effet rétroactif des jugements), t. III, n° 771; A. Colin (en ce qui concerne l'effet rétroactif de la reconnaissance d'enfant naturel), article précité, *Rev. trim.*, 1902, p. 261; Boyer (en ce qui concerne l'effet rétroactif du partage), thèse précitée, p. 402; cf. aussi plus généralement p. 360 et p. 365; Stolfi, *Natura giuridica del negozio d'accertamento*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, p. 172 à 175.
2. Voir *supra*, n° 169.
3. Voir *supra*, n° 24.
4. Ripert et Boulanger, t. I, n° 343.

a lui aussi un effet véritablement rétroactif car les actes juridiques accomplis par le simple possesseur ont eu une apparence de validité et ont produit par eux-mêmes des effets complets qu'il faut détruire [1].

Il est donc indéniable que l'acte déclaratif produit un effet rétroactif *stricto sensu* : il entraîne l'anéantissement d'actes juridiques auparavant parfaitement valables ou parfaitement stables.

249. Mais cet effet rétroactif n'est pas nécessairement attaché à tous les actes déclaratifs. Il peut parfois rencontrer un obstacle dans la configuration particulière de tel ou tel acte déclaratif. C'est ainsi que nous avons pu souligner comment la règle de relativité des actes juridiques venait, sinon paralyser, du moins retarder le fonctionnement de l'effet rétroactif des reconnaissances unilatérales et de la transaction. Ces actes, par eux-mêmes, devraient normalement entraîner un effet rétroactif; mais la règle de relativité s'y oppose et, pour sauvegarder l'intérêt des tiers qui ont le droit de discuter leurs droits directement devant un juge, l'effet rétroactif est en quelque sorte subordonné à une confirmation juridictionnelle de la reconnaissance ou de la transaction [2].

Ces précisions préliminaires faites, nous pouvons maintenant nous demander quels sont le fondement et le mécanisme de l'effet rétroactif de l'acte déclaratif.

§ 1.

LE FONDEMENT DE L'EFFET RÉTROACTIF DE L'ACTE DÉCLARATIF

250. Les constatations que nous avons faites à propos du fondement de l'effet rétroactif en droit commun trouvent leur application naturelle en ce qui concerne la théorie de l'acte déclaratif. L'effet rétroactif de l'acte déclaratif n'est pas plus une fiction que celui de tout autre acte juridique.

Deux éléments contribuent comme en droit commun à lui donner son fondement rationnel.

L'acte déclaratif, comme l'acte rétroactif ordinaire, n'est pas

1. Une des preuves les plus certaines de la nécessité de l'effet rétroactif réside dans le fait que tous les actes ne sont pas anéantis : on laisse généralement subsister tous ceux qui ont été accomplis sur le bien avant la demande en justice.

2. *Supra*, n° 15 et n° 149. De même l'effet rétroactif d'un jugement rendu sur la propriété peut être paralysé — du moins momentanément — par la tierce opposition pour fraude de l'acquéreur du propriétaire dépossédé (cf. Durand, *Rev. crit.*, 1936, p. 177).

translatif de droit, et aucun lien d'ayant cause à auteur ne relie son bénéficiaire au précédent possesseur du bien. C'est ce caractère spécifique qui explique très rigoureusement l'intervention d'un mécanisme destiné à briser toute continuité entre la situation antérieure et la situation nouvelle.

D'autre part, nous avons pu constater dans notre étude analytique que sans le secours de l'effet rétroactif la plupart des actes déclaratifs ne pourraient réaliser complètement leur fonction réparatrice.

L'influence d'un jugement sur l'efficacité du droit de propriété préexistant du demandeur serait négligeable si les actes de disposition accomplis antérieurement par le défendeur sur l'immeuble litigieux demeuraient opposables au demandeur; les attributions de propriétés privatives engendrées par le partage resteraient purement théoriques si le nouvel alloti était obligé de respecter l'aliénation antérieure du bien mis dans son lot où les hypothèques antérieurement consenties sur ce bien par son copropriétaire. Les prescriptions légales sur le statut juridique de l'enfant naturel seraient méconnues si les libéralités interdites à l'enfant naturel demeuraient valables après la reconnaissance.

Partout, à des degrés divers, nous avons pu déceler en arrière plan de la théorie de l'acte déclaratif, cette nécessité impérieuse de l'effet rétroactif : l'effet rétroactif est le complément technique indispensable de l'effet déclaratif. Tandis que l'acte déclaratif par la seule vertu de sa technique particulière permet à un droit préexistant de s'exercer en lui apportant les éléments nouveaux de certitude ou d'énergie qui lui faisaient défaut, l'effet rétroactif achève cette libération du droit préexistant en supprimant toutes les conséquences de la situation antérieure dont le maintien serait incompatible avec la situation nouvelle.

Mais nous avons pu montrer, chemin faisant, qu'il était absolument inutile pour décrire son mécanisme de reporter la réalisation de l'acte déclaratif à une date qui n'est pas la sienne et de faire abstraction de la situation antérieure.

§ 2.

LE MÉCANISME DE L'EFFET RÉTROACTIF

251. L'effet rétroactif avons-nous dit dans le chapitre précédent n'est dans le fond des choses qu'un effet immédiat.

Cette affirmation apparemment paradoxale doit être appliquée telle quelle à l'effet rétroactif de l'acte déclaratif.

C'est au jour même où intervient l'acte déclaratif que se produisent les confirmations et les résolutions des actes antérieurement accomplis sur le bien par le possesseur intérimaire.

Jusqu'à cette date ces actes étaient valables ou avaient une apparence de validité. Il est donc parfaitement logique que le législateur et la jurisprudence aient conjugué leurs efforts pour concilier autant que possible l'intérêt des tiers avec l'intérêt du bénéficiaire de l'acte déclaratif en limitant dans une certaine mesure le fonctionnement de l'effet rétroactif.

Le critère de cette limitation apparaît si l'on observe que la loi et la jurisprudence opèrent en principe une double discrimination parmi les actes susceptibles d'être soumis à l'effet rétroactif : une discrimination chronologique et une discrimination économique ou juridique.

252. *La discrimination chronologique des actes soumis à l'effet rétroactif.*

On se souvient que M. Desserteaux donne du partage et de la transaction les définitions suivantes :

« Le partage est un règlement rétroactif, par la volonté des parties d'une série de rapports de droit, règlement dont les tiers pouvaient prévoir la nécessité et l'imminence; la transaction est un règlement rétroactif, par la volonté des parties, d'une série de rapports de droit, règlement dont les tiers ne pouvait prévoir la nécessité et l'imminence[1] ».

Ces définitions dans la mesure où elles mettent l'accent sur la connaissance ou l'ignorance par les tiers de la possibilité d'une résolution de leurs droits, expriment fort bien pourquoi il faut opérer une discrimination chronologique parmi les actes susceptibles d'être anéantis par l'effet rétroactif.

Un tiers qui acquiert un bien indivis ou qui se fait constituer une hypothèque sur un bien indivis est en principe parfaitement au courant de la précarité de sa situation juridique; il sait à quoi s'en tenir; aussi rien ne s'oppose à ce que l'effet rétroactif du partage atteigne tous les actes juridiques consentis sur un bien par un non attributaire depuis le commencement de l'indivision.

Au contraire le tiers qui achète ou qui obtient une hypothèque sur un immeuble quelconque ne peut pas vérifier si son vendeur ou son débiteur est réellement propriétaire de cet immeuble. Il se fie aux apparences juridiques. Aussi conçoit-on plus facilement

1. Desserteaux, *op. cit.*, p. 407.

qu'une discrimination chronologique soit opérée parmi les actes menacés par l'effet rétroactif d'un jugement ou d'une transaction.

On prévoit tout de suite qu'il s'agit d'adopter une date à laquelle les tiers ont eu la possibilité réelle de connaître le caractère litigieux de l'immeuble. Dans cette perspective le législateur et la jurisprudence s'attachent soit à la date de la demande en justice, soit à la date de l'accomplissement d'une formalité spéciale de publicité.

La plupart du temps l'effet rétroactif des jugements n'atteint que les actes juridiques accomplis entre le jour de la demande en justice et le jour du jugement. C'est ce résultat tout à fait logique que la majorité des arrêts expriment inexactement en disant que les décisions de justice étant déclaratives de droits, « l'effet des dispositions ordonnées remonte nécessairement au jour de la demande[1] ».

Mais cette limitation au jour de la demande ne peut pas être faite à propos du fonctionnement d'institutions spéciales, comme la révocation d'une donation où la résolution d'un contrat pour inexécution, qui possèdent naturellement un effet rétroactif et acquisitif dont le jugement ne fait que déclancher le mécanisme. Il appartient alors au seul législateur de faire dans la mesure où il le juge utile une discrimination chronologique. Il le fait quelquefois en prenant comme point de repère la date de l'accomplissement d'une formalité de publicité : l'effet rétroactif de la révocation d'une donation pour ingratitude n'atteint que les actes consentis après la transcription de la demande en révocation (article 958 du Code civil) ; les jugements qui prononcent la résolution d'une vente d'immeubles pour défaut de paiement du prix, ne sont opposables à l'adjudicataire en cas de saisie que si la demande en résolution a été notifiée au greffe avant l'adjudication[2].

1. Douai, 17 févr. 1890, D. 91.II.123 ; Béthune, 11 août 1892, D. 94.II.52 ; Civ. 22 janv. 1900, S. 1903.I.175.

2. Garsonnet et Cézar-Bru, t. I, n° 393. M. Durand propose d'organiser plus largement la publicité de la cause de résolution et de la demande en justice (cf. *Rev. crit.*, 1936, p. 177).

Il est important de souligner ici que la transcription des divers actes déclaratifs prévus par le décret-loi du 30 octobre 1935, n'a aucune influence sur le fonctionnement de l'effet rétroactif. On pourrait, en effet, se demander si la transcription préalable de l'acte déclaratif n'est pas devenue une condition nécessaire au fonctionnement de l'effet rétroactif, de telle sorte que l'effet rétroactif ne jouerait jamais contre des aliénations ou des constitutions d'hypothèques transcrites antérieurement à l'acte déclaratif lui-même. Mais une telle solution, nous avons eu déjà l'occasion de le souligner dans notre première partie, aboutirait à soumettre au droit commun les conflits de droits engendrés par l'acte déclaratif. Or, tel n'est pas le désir du législateur de 1935

Ainsi, par cet ensemble de mesures, les divers intérêts en présence sont respectés : les tiers de bonne foi sont protégés et le bénéficiaire de l'acte déclaratif est garanti contre les atteintes les plus graves à son droit. Une objection pourrait cependant être faite : cette limitation chronologique n'empêche-t-elle pas l'effet rétroactif de remplir son rôle, c'est-à-dire d'assurer la réalisation complète de l'acte déclaratif? L'objection ne serait pertinente que si le système légal ou jurisprudentiel avait pour conséquence de maintenir des actes d'aliénation et de priver le véritable titulaire du droit de la jouissance effective de son droit. Mais il suffit de réfléchir pour s'apercevoir que si antérieurement au jour de la demande ou au jour de la transcription le possesseur avait aliéné le bien, ce n'est pas contre lui qu'aurait agi le propriétaire, mais contre le nouvel acquéreur.

253. *La discrimination économique des actes soumis à l'effet rétroactif.*

L'aspect le plus intéressant des tentatives jurisprudentielles de conciliation entre la situation antérieure et la situation nouvelle est incontestablement constitué par la discrimination économique qu'elle opère parmi les actes juridiques menacés par l'effet rétroactif.

Nous avons pu constater en étudiant la plupart des actes déclaratifs que les tribunaux soumettent en principe à l'effet rétroactif tous les actes de disposition, tandis qu'ils maintiennent généralement les actes conservatoires et les actes d'administration. Cette discrimination, que l'on retrouve d'ailleurs lorsqu'il s'agit de l'effet rétroactif d'un acte juridique ordinaire,

qui a conçu la transcription des actes déclaratifs comme une simple mesure d'information et n'a prévu aucune sanction civile contre le défaut de transcription (cf. Durand, *Rev. crit.*, 1936, p. 173 et suiv.). Il en serait autrement si la transcription des actes déclaratifs avait été envisagée comme une mesure de police : c'eût été, en fait, la disparition de l'effet rétroactif car, comme le note très justement M. Gorla (*La reforma della Trascrizione*), il y a entre la transcription ordinaire et la rétroactivité une incompatibilité radicale.

M. Durand, tout en paraissant se ranger à cette opinion laisse cependant entendre que la transcription de l'acte déclaratif doit avoir pour résultat, sinon d'entraver complètement la règle de l'effet rétroactif, tout au moins d'en paralyser les effets jusqu'au jour de la transcription (article précité, p. 174, 175, 176). Ainsi, il faudrait admettre que jusqu'à cette date, l'indivision est censée prolongée à l'égard du tiers acquéreur; celui-ci est fondé à méconnaître le partage et peut provoquer un nouveau partage auquel il interviendra. Il faudrait adopter une solution analogue en matière de transaction et de jugement, ces derniers actes étant inopposables au tiers acquéreur jusqu'à leur transcription. Ces suggestions, encore qu'elles paraissent d'un intérêt pratique minime en ce qui concerne la transaction et le jugement, nous paraissent tout à fait pertinentes.

satisfait à la fois aux exigences de l'équité et à celles de la logique juridique. Si l'on pense avec nous que l'effet rétroactif n'implique pas la négation de la situation antérieure et qu'il a pour fonction de permettre au bénéficiaire de l'acte déclaratif d'exercer réellement son droit, on est tout à fait disposé à admettre avec la jurisprudence que l'usage de ce procédé technique doit être rigoureusement affecté à la garantie des prérogatives essentielles du droit de propriété nouvellement « déclaré », tandis qu'il doit être écarté lorsque sont seulement atteintes les prérogatives secondaires de ce droit. Or, sous réserve de nuances variables avec chaque espèce particulière, ce sont les actes de disposition qui, par nature, compromettent l'exercice effectif du droit de propriété nouvellement déclaré : une vente, une constitution d'hypothèque sont susceptibles d'empêcher le propriétaire de jouir matériellement de sa chose; plus généralement une constitution de droit réel quelconque, servitude, emphytéose... est une entrave considérable à l'exercice du droit de propriété. Ces actes doivent donc être anéantis. Au contraire les actes d'administration et les actes conservatoires peuvent ne pas être opportuns ou même ne pas être conformes aux goûts personnels du nouveau titulaire du bien, mais ils ne compromettent jamais l'essentiel de son droit de propriété [1]. On conçoit donc qu'ils soient maintenus.

La technique jurisprudentielle est donc parfaitement équitable; elle est au surplus, on vient de le voir, très juridique. Il est seulement regrettable que les tribunaux tellement portés par ailleurs à suivre les tendances que nous venons d'indiquer, aient renoncé à limiter le fonctionnement de l'effet rétroactif du partage. En nulle autre matière que dans celle de l'indivision cette limitation ne serait cependant mieux venue car elle permettrait d'assurer d'une manière plus complète cette consolidation de la masse indivise qui est l'un des objectifs principaux du droit civil moderne. Il y a là un manque d'harmonie dans les solutions jurisprudentielles dont on ne peut que souhaiter la prompte disparition.

1. En raison des circonstances économiques et de la législation actuelle, nous avons fait, au cours de nos analyses, des réserves pour le bail.

CONCLUSION

254. Ce travail avait initialement deux objectifs principaux : en premier lieu, situer l'acte déclaratif au sein de la théorie générale de l'acte juridique, y marquer sa place et sa fonction, faire apparaître ses contours originaux; en second lieu, essayer de déterminer les rapports qui unissent les concepts d'effet déclaratif et d'effet rétroactif.

Les résultats de nos recherches ainsi entreprises peuvent brièvement s'exprimer :

Au cours de nos analyses successives les divers éléments susceptibles de composer le critère de l'acte déclaratif se sont peu à peu dégagés. Il nous est constamment apparu que *l'acte déclaratif est celui qui permet à un droit préexistant mais inefficace de produire dans l'avenir de tous ses effets*. La découverte de cette caractéristique essentielle nous a fait entrevoir le rôle original et l'utilité de l'acte déclaratif dans la vie juridique : il a une *fonction réparatrice* et une *fonction révélatrice* d'un état de droit antérieur. Ainsi avons-nous pu vérifier d'une manière permanente les insuffisances ou les inexactitudes de la conception traditionnelle aux termes de laquelle l'acte déclaratif se borne à constater un droit préexistant sans le modifier. Cette définition très étroite est en partie responsable des nombreuses difficultés théoriques ou pratiques auxquelles a donné lieu l'application de la notion d'acte déclaratif au partage, à la transaction et aux jugements. Nous avons essayé de souligner les équivoques multiples qui ont favorisé son succès.

Ce sont des équivoques aussi graves que nous avons tenté de dissiper en abordant l'étude des effets de l'acte déclaratif, et des rapports entre les concepts d'acte déclaratif et d'acte rétroactif. Tout acte déclaratif est rétroactif dit-on couramment; tout acte rétroactif est déclaratif, ajoutent certains. Nous n'avons eu aucune peine à montrer l'inexactitude de cette dernière formule en soulignant la nature « acquisitive » et non déclarative des actes rétroactifs du droit commun. Quant à la maxime selon laquelle tout acte déclaratif est aussi rétroactif, il nous est rapidement apparu qu'elle contenait une confusion grave. On confond sous le nom commun d'effet rétroactif deux notions très différentes : l'antidate de l'acte et l'effet rétroactif proprement dit. L'antidate consiste à considérer qu'un acte juridique qui s'est produit à une date déterminée s'est réalisé à une

date antérieure. L'effet rétroactif au contraire consiste dans l'anéantissement d'actes juridiques antérieurement valables. L'acte déclaratif ne doit jamais être antidaté : il produit tous ses effets à sa date. C'est parce que l'on a méconnu cette exigence toute naturelle que des difficultés considérables ont gêné le fonctionnement de l'effet déclaratif des jugements ou du partage. La question de la date des effets d'un acte déclaratif est directement imposée par le contenu même du concept d'effet déclaratif : c'est à sa date même que l'acte déclaratif permet au droit préexistant inefficace de s'exercer en lui apportant la certitude et l'énergie nouvelle ou supplémentaire qui lui faisaient défaut. Quant à l'effet rétroactif *stricto sensu*, il se retrouve effectivement dans la théorie de l'acte déclaratif; mais il n'est nullement une fiction qui oblige à faire abstraction de la situation antérieure : il est le complément technique indispensable de l'effet déclaratif dont il prolonge l'efficacité en permettant au droit nouvellement déclaré de retrouver son assiette; aussi est-il possible d'opérer une conciliation entre la nécessité d'assurer l'efficacité de l'acte déclaratif par l'effet rétroactif et celle d'assurer aux tiers un minimum de sécurité par la limitation du fonctionnement de l'effet rétroactif à son but essentiel.

Ainsi avons-nous pu vérifier pas à pas l'opportunité des efforts d'une partie de la doctrine contemporaine qui depuis quelques années s'attache à distinguer, principalement à propos du partage, les concepts d'effet déclaratif et d'effet rétroactif. Chacune de ces deux notions a un contenu et des conséquences propres. La première exprime la nature même de l'acte; l'effet déclaratif c'est cette restitution de l'efficacité du droit préexistant qui donne à l'acte déclaratif son allure originale et qui justifie les divers aspects de son régime juridique. La deuxième — la notion d'effet rétroactif — exprime une modalité inhérente à l'acte déclaratif, mais qui ne lui est pas absolument propre puisqu'elle se retrouve dans le fonctionnement d'un certain nombre d'actes du droit commun.

Vu :
Le Doyen de la Faculté,
J. Maury.

Vu :
Le Président de la thèse,
P. Hébraud.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université,
Toulouse, le 16 février 1948.
P. Dottin.

BIBLIOGRAPHIE [1]

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, 12 vol. toutes éditions et plus particulièrement la 5e éd. par Bartin.

BAUDRY-LACANTINERIE. — Traité théorique et pratique de droit civil.

BÉDARRIDE. — Commentaire des lois sur les brevets d'invention, sur les noms des fabricants et sur les marques de fabriques. » Paris, 1869.

BERTHAULD. — Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon. Paris, 1867, 1869, 2 volumes.

BEUDANT Charles. — Cours de droit civil français, par Robert Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière :

— Les biens, t. IV avec la collaboration de Pierre Voirin.

— Les successions *ab intestat*, t. V *bis* avec la collaboration de Robert Le Balle.

BONJEAN. — Ordonnances sur requêtes.

BONNECASE. — Supplément au traité de Baudry-Lacantinerie, 6 vol.

*BOSIO. — Trattato dei marchi e segni distinttivi. Turin, 1904.

BRULLIARD. — Procédure civile, 1944.

BUTERA. — Delle transazioni. Turin, 1933.

CAPITANT. — Vocabulaire juridique, v° acte déclaratif.

CARNELUTTI. — Teoria generale del diritto. Roma éd. del « Foro italiano », 2e éd. 1946.

— Lezioni di diritto processuale civile, 4 vol. Padoue, 1925-1926.

CÉZAR-BRU. — Cours de Droit civil professé à la faculté de droit de Toulouse en 1913 (3e année de licence, cours imprimé).

— Précis élémentaire de procédure civile, 1927.

CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD. — Traité des droits d'enregistrement, 6 vol. Paris, 1835-1851.

CHIOVENDA. — Principii di diritto processuale civile. Naples, 1923.

— Istituzioni di diritto processuale civile. Naples, 1933.

COLIN, CAPITANT et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — Cours élémentaire de droit civil français, 9e éd. 1942-1945.

COVIELLO. — Manuale di diritto civile, 3e éd. Milan, 1924.

— Delle successioni, 3e éd. Naples, 1932.

DELVINCOURT. — Cours de Code civil, 3 vol. 1819.

1. Nous faisons précéder d'une astérisque les ouvrages que nous n'avons pu consulter.

DEMOGUE. — Traité des obligations en général.
Les notions fondamentales du droit privé.
DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon, 30 vol.
DUGUIT. — Traité de droit constitutionnel. 5 vol. 2e éd. 1925.
GARSONNET et CÉZAR-BRU. — Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale. 3e éd. Paris, 1912-1925.
GAUDEMET Eugène. — Théorie générale des obligations. par H. Desbois et J. Gaudemet, 1937.
GÉNIN. — Traité des hypothèques et de la transcription.
GÉNY. — Science et technique en droit privé positif. 4 vol.
— Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. 2 vol.
GLASSON-TISSIER et MOREL. — Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile. 3e éd. Paris, 1925-1926.
GUILLOUARD. — Traité du cautionnement et des transactions. Paris 1894.
HÉBRAUD. — Cours de droit civil 3e année professé à la faculté de droit de Toulouse, 1947-1948 (Boisseau, imprimeur).
HERVÉ. — Traité des matières censuelles et féodales, 1785-1788.
HUC. — Commentaire théorique et pratique du Code civil 15 vol. 1892-1903.
JAPIOT. — Traité élémentaire de procédure civile et commerciale 2e éd. 1929.
JÈZE. — Éléments de droit administratif.
JOSSERAND. — Cours de droit civil positif français. 3e éd., 1938.
LAURENT. — Principes de droit civil français. 33 vol. 3e éd. 1878
MAZEAUD (Henri et Léon). — Traité de responsabilité civile. 3 vol.
MERLIN. — Questions de droit. 6 vol.
— Répertoire de jurisprudence. 18 vol.
MOREL. — Traité élémentaire de procédure civile, 1932.
MOURLON. — Traité théorique et pratique de la transaction 2 vol. Paris, 1862.
— Répétitions écrites sur le Code Napoléon. 3 vol.
PILON. — Principes et technique du droit d'enregistrement.
PONT. — Des petits contrats. 2 vol. 1877.
POTHIER. — Œuvres complètes, éd. Bugnet.
POUILLET. — Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale, 6e éd., 1911, par Taillefer et Claro.
RAVA. — Instituzioni di diritto privato. Padoue-Cedam. 1938
RAYNAUD. — Cours de droit civil. 3e année. 1944-1945 professé à la faculté de droit de Toulouse, imp. Boisseau.
RENDU. — Traité pratique des marques de fabrique et de commerce et de la concurrence déloyale. Paris, 1858.
RICCI et BATTISTA. — Successioni, 1907.
*RUGGIERO DE. — Istituzioni di diritto civile, 1926.
SCELLE. — L'Acte juridictionnel « Cours de principes de droit public », 1944-1945.

STOLFI. — *La transazione Naples, 1931.
— Teoria del negozio giuridico. Padoue, 1947.
THALLER et PERCEROU. — Traité élémentaire de droit commercial, 8e éd., 1931.
TOULLIER. — Le droit civil français suivant l'ordre du code, 5e éd. 15 vol., 1824-1834.
TROPLONG. — Droit civil expliqué.
VITALI. — Successioni.

II. — OUVRAGES SPÉCIAUX

ACCARIAS. — De la transaction en droit romain et en droit français. Thèse, Paris, 1863.
AIGUESPLOS. — Le privilège du copartageant. Toulouse, 1890.
APOSTOLEANU. — Théorie de l'homologation en droit privé français. Thèse, Paris, 1924.
BARRIER. — La reconnaissance volontaire des enfants naturels. Thèse, Paris, 1880.
BASTIAN. — Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité. Thèse, Paris, 1929.
BENOIT. — Du principe de l'égalité dans les partages. Thèse, Paris, 1894.
BOGROS. — Essai sur les conséquences juridiques de la filiation naturelle de fait. Thèse, Poitiers, 1923.
BOYER. — La notion de transaction (Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif). Thèse, Toulouse, 1947.
BRAULT. — De l'effet déclaratif des partages du point de vue fiscal. Thèse, Paris, 1905.
BRUILLARD. — La condition des biens communs et leur gérance depuis la dissolution de la communauté jusqu'au partage. Thèse, Paris, 1927.
BUFNOIR. — Propriété et contrat.
CAILLARD. — Le partage judiciaire et les mineurs. Thèse, Toulouse, 1926.
CALLASTRENG. — La relativité des conventions, étude de l'article 1165 du code civil. Thèse, Toulouse, 1939.
CAPITANT. — De la cause des obligations. Paris, 1923.
— Cours de doctorat. Paris, 1928 (l'indivision héréditaire).
*CARRESI. — Il riconiscimento dei figli naturale. Milan, 1940.
*CASTELLANO Ramono. — L'azione di puro accertamento. Palerme, 1913.
CAUVY. — Le retrait successoral. Thèse, Paris, 1930.
CELICE. — L'erreur dans les contrats. Thèse, Paris, 1922.
CHASSONERY. — Le régime fiscal de la licitation. Thèse, Paris, 1927.
CHEVALLIER. — L'effet déclaratif des conventions et des contrats. Thèse, Rennes, 1932.
CICU Antonio. — La filazione. Milan, 1927.

*Corrado. — Il negozio di accertamento. Turin, 1942.
Cosattini Luigi. — Il riconoscimento del figlio naturale. Padoue, Cedam, 1942.
— *Il negozio d'accertamento. Milan, 1939.
Decaux. — La transcription des actes déclaratifs de propriété. Thèse, Paris, 1911.
Dejean Francine. — Réaction de la loi, de la jurisprudence et de la pratique contre l'inorganisation de l'indivision héréditaire. Thèse, Montpellier, 1935.
Dennery. — Le partage en droit international privé français. Thèse, Paris, 1935.
Desserteaux. — Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit civil français. Thèse, Dijon, 1908.
*Donati. — Il contenutto del principio della irretroattivita delle lege. Rome, 1915.
Duc Dodon. — Des actes auxquels s'applique l'article 883 du Code civil. Thèse, Grenoble, 1902.
Duguit. — L'État, le droit objectif et la loi positive.
Esmein Paul. — Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits. Thèse, Paris, 1914.
Eygout. — De l'effet rétroactif de la condition accomplie. Thèse, Paris, 1922.
Faletti. — Le retrait lignager. Thèse, Paris, 1923.
Fournier. — Le juste titre en droit français moderne. Thèse. Caen, 1942.
Froimesco. — L'erreur dans la transaction. Thèse, Paris, 1923.
*Gabba. — Teoria della retroattivita.
Gallet. — Étude sur la fiction de rétroactivité. Thèse, Poitiers, 1903.
Gaudemet Eugène. — Les interprètes du droit en France depuis 1804.
Gaudemet Jean. — Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain. Thèse, Strasbourg, 1934.
*Giorgianni. — Il negozio d'accertamento. Milan, 1939.
Giroud. — Étude sur la transaction. Thèse, Lyon, 1901.
Goldsmith. — Étude sur l'acte d'administration. Thèse, Paris, 1898.
*Gorla. — La riproduzione del negozio giuridico. Padoue. 1933.
Griveaud. — De la reconnaissance volontaire des enfants naturels. Thèse, Dijon, 1909.
Goubeaux. — Étude sur la clause d'indivision forcée et perpétuelle. Essai d'une théorie nouvelle. Thèse, Nancy, 1910.
Guillet. — De l'administration des successions indivises. Thèse. Caen, 1930.
Guillien. — L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée. Thèse, Bordeaux, 1931.
Guilmard. — De la notion de juridiction gracieuse en droit français. Thèse, Caen, 1913.
Hauriou. — Les éléments du contentieux. Recueil de l'académie de législation de Toulouse, 1905.

HENRY. — La juridiction gracieuse. Thèse, Nancy, 1913.
IONASCO Aurélien. — La copropriété d'un bien. Thèse, Paris, 1930.
JAPIOT. — Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle. Thèse, Dijon, 1909.
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — L'évolution moderne du droit des obligations. — Cours de doctorat. Paris, 1944-1945.
LEBRET. — La notion d'indivision. Thèse, Caen, 1922.
LECOQ. — De la fiction comme procédé juridique. Thèse, Paris, 1914.
LELOUTRE. — La rétroactivité de la condition. Thèse, Caen, 1904.
*LUZZATTO. — La comproprieta nel diritto italiano. 2 vol. 1908.
MALBEC. La relativité de la chose jugée. L'effet vis-à-vis des tiers des jugements contentieux rendus en matière civile. Thèse, Toulouse, 1947 (dactylographiée).
MARCHAL. — La lésion dans les partages. Thèse, Paris, 1937.
*MARCHESINI. — La teoria della retroattivita applicata alla divisione. Studii di diritto civile e penale. Bologne, 1882, p. 108.
MARTY. — La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait. Thèse, Toulouse, 1929.
MAURY. — Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français. 2 vol. Thèse, Toulouse, 1920.
MAYNARD. — Le jugement déclaratoire. Thèse, Lyon, 1922.
*MESSINA. — Sul la confessione.
MONTAGNE. — De l'effet déclaratif et constitutif des jugements en matière civile. Thèse, Paris, 1912.
MOTTIN. — La nature juridique de la reconnaissance d'enfant naturel. Thèse, Rennes, 1934.
MOURRAS. — L'action du droit fiscal sur l'effet déclaratif du partage. Thèse, Nancy, 1939.
*NICOLO. — Il reconoscimento e la transazione. Messina, 1931.
PARTHENIU. — Le droit social sur les choses. Essai sur la nature des propriétés collectives. Thèse, Paris, 1909.
QUEREL. — Du caractère fictif de l'article 883 et de son interprétation restrictive par la jurisprudence moderne. Thèse, Lyon, 1923.
RIPERT Lucienne. — La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle. Thèse, Paris, 1933.
ROCCO Alfredo. — La sentenza civile. Turin, 1906.
ROUAST. — Les partages de succession et de communauté. Cours de doctorat. Paris, 1942-1943.
ROUBIER. — Les conflits de lois dans le temps. 2 vol. 1929,1933.
SIBICIANO. — Théorie générale des renonciations en droit civil français. Thèse, Paris, 1932.
SIESSE. — La communauté d'héritiers en droit comparé. Thèse. Paris, 1922.
SIMON. — L'effet déclaratif du partage est-il absolu ou relatif? Thèse. Paris, 1910.

VALETTE. — Mélanges de droit, de jurisprudence, de législation. 1880, t. II, p. 64 et suivantes.
VAN BIERVLIET. — Les sujets collectifs en droit privé.
VEDEL. — Essai sur la notion de cause en droit administratif français. Thèse, Toulouse, 1934.
VEROONE. — Étude sur la nature et le domaine d'application de l'effet déclaratif du partage. Thèse, Lille, 1946.
WEIL René. — Contribution à l'étude de l'effet déclaratif des jugements. Thèse, Dijon, 1926.
WEILL Alex. — Le principe de la relativité des conventions en droit privé français. Thèse, Strasbourg, 1938.

III. — ARTICLES DE REVUES

ANDRIOLI. — Limiti di retroattivita della sentenza di revoca di fallimento. *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, 54 à 73.
BIZIN DE. — Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe. *Rec. Ac. Lég.* Toulouse, 1905, p. 289.
BONNARD. — La conception matérielle de l'acte juridictionnel. *Mélanges Carré de Malberg*, p. 5 et suivantes.
BORCHARD. — Les développements récents du jugement déclaratoire. *Recueil Lambert*, II, 536.
BOULANGER. — La clause notariale dite de jouissance divise, dans les partages de communauté et de succession. *Rev. crit.*, 1935, p. 447 et suivantes.
BRETON. — Théorie générale de la renonciation aux droits réels. *Rev. trim.*, 1928, p. 261.
CALAMANDREI. — Appunti sulla sentenza como fatto giuridico. *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, 45.
— Retroattivita della sentenza e ipoteca giudiziale: *Studii*. Col. 3, p. 192.
CAPITANT. — L'indivision héréditaire. *Rev. crit.*, 1924, p. 10 et suivantes.
— L'indivision post-communautaire. *Rev. crit.*, 1929, p. 122 et suiv.
CARBONNIER. — La notion de cause de divorce. *Rev. trim.*, 1937, p. 288 et suivantes.
CARNELUTTI. — *Confessione e ricognizione. *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, 135.
— Documento e negozio giuridico. *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, 181, 270.
— Efficacia, autorita e immutabilita della sentenza. *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1938, p. 205, 214.
* — Note sull'Accertamento negoziale. *Foro italiano*, 1940, p. 115 à 141.
— Lite e funzione processuale. *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, p. 28 et suivantes.

*

CHAUMONT. — Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel. *Rev. droit public.*, 1942, p. 93 et suivantes.

CHAUSSE. — De la rétroactivité dans les actes juridiques. *Rev. crit.*, 1900, p. 259.

CHIOVENDA. — Azioni e sentenza di mero accertamento. *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, 3 et suivantes.

CHOUCRI-CARDAHI. — La copropriété. *Rev. crit.*, 1930.

COLIN. — La protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation. *Rev. trim.*, 1902, p. 256.

*COVIELLO. — Il carattero dichiarativo della divizione e la legge sul registro. *Giurisprudenza italiano*, 1916, IV.

DEJANA. — Concetto e natura giuridica del contratto di divisione. *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 81 et suivantes.

DEMOGUE. — Valeur et base de la notion de rétroactivité. *Mélanges Del Vecchio*, t. I, p. 163 et suivantes. Modène, 1930.

— Que devient une créance d'indemnité en cas de fusions de sociétés. *Rev. trim.*, 1913, p. 210.

— Des droits éventuels et des hypothèses où ils peuvent prendre naissance. *Rev. trim.*, 1905, p. 723.

— De la nature et des effets des droits éventuels. *Rev. trim.*, 1906, p. 23 .

DESJARDINS. — Du retrait de droits litigieux. *Rev. prat.*, 1868, p. 138 et suivantes.

— Du retrait successoral. *Rev. prat.*, 1870, p. 487 et suivantes.

DONNEDIEU DE VABRES Jacques. — Les actes de l'héritier apparent. *Rev. trim.*, 1940-1941, p. 389 et suivantes.

DULALIER et CHÉRON. — Le droit de retour en cas de partage d'ascendant conjonctif. *Journal des notaires*, 1932, p. 977.

— Le droit de retour conventionnel en cas de partage. *Revue du notariat.*, 1947, I, 45.

DURAND. — La transcription des actes déclaratifs. *Rev. crit.*, 1936.

— La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel. *Rev. trim.*, 1944, p. 95.

*DUSI Bartolomeo. — Cenni intorno alla retroattivita delle condizione, *Studii Schuffer*, t. III, p. 513 et suivantes.

*FALCO. — Sul principio della irretroattivita della lege. *Riv. dir. comm.*, 1917, I, 704.

FLOUR. — Plus-values et fruits de biens indivis. J. C. P., 1943.I.336.

FURNO. — *Osservazioni in tema di riconoscimento della prole naturale. *Riv. dir. civ.*, 1939, II, p. 1745.

— *Del mero accertamento come sanzione. *Archivio giuridico*, 1938, p. 187 et suivantes.

GABBA. — Intorno alla natura giuridica della divisione. *Foro italiano*, 1903.I.1411.

GÉGOUT. — Essai sur la rétroactivité conventionnelle. *Rev. crit.*, 1931, p. 283 et suivantes.

GÉNY. — Le particularisme du droit fiscal. *Rev. trim.*, 1931, p. 797 et suivantes.

GORLA. — La riforma della trascrizione. *Riv. dir. civ.*, 1930, p. 25 et suivantes.

GROPALLO Enrico. — Sulla natura giuridica della tranzazione. *Riv. dir. civ.*, 1931, p. 321 et suivantes.

*GUGLIO. — Sulla differenza tra riconoscimento del diritto e confessione. *Mon. jur.*, 1921, p. 609 et suivantes.

GUYHO. — Un jugement peut-il être assimilé à un contrat? A-t-il un effet translatif? *Rev. prat. droit français*, t. XXXIV, 1872, 2, p. 140.

GUYOT. — La renaissance des retraits. *Rev. crit.*, 1924, p. 101.

HÉBRAUD. — A propos d'une forme particulière de copropriété : la copropriété par appartements. *Rev. trim.*, 1938, p. 23 et suivantes.

— Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du conseil. D. 1946, L. 333.

— Chronique de procédure civile. *Rev. crit.*, 1932, p. 111.

HUBERT. — Des effets du jugement déclaratif sur les mesures de publicité. *Rev. crit.*, 1906.

INVREA. — Il carattere costitutivo del deposito del marchio. *Rivista del diritto commerciale*, 1932, 251.

*— La sentenza di condamna. *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, p. 30.

JOSSERAND. — Essai sur la propriété collective. *Livre du centenaire du Code civil*, I, p. 357 et suivantes.

— La transcription vue à travers le décret-loi du 30 octobre 1935. D. H. chr., 1936, p. 1.

J. L. — Le droit de préemption de l'Enregistrement. J. C. P., 1947.I. 608.

LABBÉ. — Étude sur les retraits. *Rev. crit.*, 1855.

LALOU. — Déclaratif ou attributif, le jugement rendu en matière de responsabilité ? Chr. au D. H., 1936, p. 69.

LAMPUE. — La notion d'acte juridictionnel. *Rev. droit public.*, 1946, p. 5 et suivantes.

LATREILLE. — Des transactions déclaratives et des transactions translatives. *Rev. prat.*, 1874, t. 37, p. 433.

LESSONA. — Le serment est-il une transaction? *Rev. trim.*, 1904, p. 797.

LEVASSEUR. — Les armes nouvelles accordées au ministre du ravitaillement. J. C. P., 1947.I.588.

*LIEBMANN. — Risoluzione convenzionale del processo. *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, p. 260 et suivantes.

*DI LORENZO. — La rétroactivité de la reconnaissance d'enfant naturel. *Gazetta del processo.*, t. 14, p. 457.

MALVAGNA Simone. — La teoria del negozio astratto. *Riv. dir. civ.* 1935, p. 43.

MAZEAUD Léon. — De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits. *Rev. trim.*, 1929, p. 7 et suivantes.

*PERGOLESI. — Appunti in tema di dichiarazione di partenita e reconoscimento. *Giurispr. italiana.*, 1941, I, 2e col., 83 et suivantes.

RADOUANT. — De l'estimation des biens compris dans un partage. *Rev. trim.*, 1925, p. 541.

*RICCI. — La massima che la divisione e dichiarativa e non attributiva della proprieta. *La lege*, 1878.I.361.

RIPERT. — Le droit de souscription aux actions nouvelles et la loi du 14 août 1941. *Rev. gén. droit com.*, 1941, p 77 et suivantes.

ROUAST. — Les tendances individualistes de la jurisprudence en matière de filiation légitime. *Rev. trim.*, 1940-1941, p. 223 et suiv.

ROUBIER. — Distinction de l'effet rétroactif et de l'effet iminédiat de la loi. *Rev. trim.*, 1928, p. 579.

*SANTORO-PASSARELLI. — Riconoscibilita e reclamabilita dello stato di figlio naturale. *Foro italiano*, 1941, I, col. 145.

SAVATIER. — Le régime nouveau du droit de préemption des domaines ruraux. J. C. P., 1946.I.536.

— Ce que devient la transcription dans le décret-loi du 30 octobre 1935. *Sem. jur.*, 1937, p. 1397 et suivantes.

*SCHICKS. — De la vente consentie par un copropriétaire d'une chose indivise. *Rev. prat. not. belge*, 1924, p. 619.

SEGRÉ Gino. — Ricognizione, riproduzione e rinovazione del negozio giuridico. *Riv. dir. civ.*, 1926, p. 417.

STOLFI. — La natura giuridica del negozio di accertamento. *Riv. dir. civ.*, 1933.I.132.

TARTUFARI. — Sulla natura della divisione in dirrito romano e in diritto odierno. *Archivio giuridico*, t. XV, 1875, p. 185 et suivantes.

VAREILLES-SOMMIÈRES. — De la copropriété. *Rev. trim.*, 1907, p. 431 et suivantes.

VIALLETON. — Regards sur quelques problèmes d'organisation successorale. (III. L'attribution des parts divises et l'effet déclaratif.) *Annuario di diritto comparato*. Vol. 13, p. 296 et suiv.

VINCENT. — Les propriétés collectives, les indivisions et l'effet déclaratif du partage. *Rev. crit.*, 1932, p. 343.

VIZIOZ. — Observations sur l'étude de la procédure civile. *Rev. générale de droit*, 1927-1930.

VOIRIN. — Le nouveau régime de la transcription. *Lois nouvelles*, 1936 I, p. 171.

ZAPPULI. — « Retroattivita », in *Nuovo Digesto italiano*, t. XI.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES [1]

ACCEPTATION
— *de communauté*, 211, 240.
— *de succession*, 211, 240.
ACCERTAMENTO
— *Exposé de la théorie italienne des actes d'* —, 220.
— voir aussi, p. 19, 33.
ACTE ABDICATIF
— *Absence de caractère déclaratif des* —, 210.
ACTE ABSTRAIT, p. 19; nº 137.
ACTE ACQUISITIF
— *caractère acquisitif des retraits*, 41 et suiv.
ACTE CONSTITUTIF, 209.
ACTE DÉCLARATIF :
— *actes déclaratifs impératifs*, 225 et suiv.; — *indicatifs*, 222 et suiv.
— *classification formelle*, p. 11.
— *définition*, 219.
— *effets*, 229 et suiv.
— *fonction juridique*, 219 et suiv.
— *histoire*, 1 et suiv.
— *notion*, 208 et suiv.
— *objet*, 209 et suiv.
— *régime juridique*, 228.
— *rétroactivité*, 242 et suiv.
— *théorie générale*, 208 et suiv.
ACTE DÉTERMINATIF, 224.
ACTE EXTINCTIF
— *absence de caractère déclaratif des* —, 210.
ACTE JURIDICTIONNEL, 56, 59 et suiv., 61 et suiv.
ACTE RÉCOGNITIF
— *caractère déclaratif*, 10 et suiv.; 13 et suiv.
— *conséquences de l'effet déclaratif de l'* —, 14 et suiv.
— *effets de l'* —, 11 et suiv.
— *notion d'* —, 10 et suiv.
— *rétroactivité (absence de* —), 14 et 15.
ACTE TRANSLATIF, 209.
ANTIDATE, 233, 244, 245.
AUTORISATION JUDICIAIRE, p. 102.
AVEU, 10 et suiv.

BAIL
— *combinaison de la législation des loyers avec l'effet déclaratif du partage*, 198.

CAPACITÉ
— *nécessaire pour accomplir un acte déclaratif*, 145, 184.
CHOSE JUGÉE (*Autorité de la*), 54, 73, 76.
COMPENSATION JUDICIAIRE
— *nature juridique du jugement prononçant la* —, 50.
CONDITION
— *absence d'effet déclaratif de la condition réalisée*, 210.
CONFIRMATION
— *et déclarativité*, 218, 227.
CONTRAT
— *et déclarativité*, 5, 174.
CONTREFAÇON, 30.
CRÉANCE DE DOMMAGES-INTÉRÊTS
— *date de naissance*, p. 77, note 2; nº 49; 82 et suiv.; 89 et suiv.

DÉCLARATION JUDICIAIRE DE PATERNITÉ OU DE MATERNITÉ NATURELLE
— *nature juridique du jugement de* —, 51.
DÉCLARATIVITÉ
— *et rétroactivité*, 229 et suiv.
DÉPÔT DE MARQUES DE FABRIQUE
— cf. *marque de fabrique*.
DIVORCE
— *nature juridique du jugement de* —, *45*; p. 70, 71, 72; *53*, *55*; p. 75; p. 103, 109; *95*, *98*.
DOMMAGES DE GUERRE
— *et effet déclaratif du partage*, 197.
DROIT DE PRÉEMPTION
— *généralités*, p. 48 et suiv.
— — *de l'actionnaire*, p. 50.
— — *de l'enregistrement*, p. 50.
— — *du fermier*, p. 50.

1. Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage. Lorsque exceptionnellement ils renvoient aux pages, ils sont précédés du signe p.

DROIT DE RETOUR
— *combinaison des règles légales ou conventionnelles du droit de retour avec l'effet déclaratif du partage*, 199.
DROIT PÉNAL
— *le caractère déclaratif d'un acte juridique peut-il effacer rétroactivement les éléments constitutifs d'un délit*, 202.
— *peut-il créer rétroactivement un délit?* 30, 264.

FICTION
— *de déclarativité*, 3, 4, 5.
— *de rétroactivité*, 42.
FILIATION NATURELLE
— *de fait*, p. 30.

HOMOLOGATION, p. 103.

INDIVISION, 168 et suiv.
INEFFICACITÉ DES DROITS
— *condition nécessaire à l'intervention d'un acte déclaratif*, 211 et suiv.
— *inefficacité juridique*, 216 et suiv.
— — *pratique*, 213 et suiv.
INTERDICTION JUDICIAIRE
— *nature juridique du jugement prononçant l'* —, p. 70, 71, 74, 84, 85, 103; nos 96, 97.

JUGEMENT
— *acte déclaratif subsidiaire*, p. 313, note 1.
— *caractère déclaratif*, 75 et suiv.
— *conséquences de l'effet déclaratif des* —, 80 et suiv.
— *conséquences de l'effet rétroactif des* —, 99 et suiv.
— *distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs*, 44 et suiv.; 56 et suiv.
— *effet déclaratif et effet rétroactif des* — (*rapports entre l'* —), 77 et suiv.
— *jugements déclaratifs-indicatifs*, 73 et suiv.
— *jugements déclaratifs-impératifs*, 75 et suiv.
— *jugements déclaratoires*, 44, 74, 60.
— *jugement gracieux*, 60, 61, 75 et suiv.
JUGEMENT DÉCLARATIF DE FAILLITE p. 72, 73, 74, 76, 85, 105, 106, 109; no 97.
JUSTE TITRE, 140, 179.

LITIGE, 62 et suiv.
LOI INTERPRÉTATIVE
— *caractère déclaratif de la* —, 3.

MARQUES DE FABRIQUE (DÉPÔT DE)
— *caractère déclaratif du dépôt*, 26 et suiv.
— *conséquences de l'effet déclaratif du dépôt*, 28 et suiv.
— *absence d'effet rétroactif du dépôt*, 30.

NULLITÉ
— *nature juridique du jugement prononçant la nullité d'un acte juridique*, 45, 99.

PARTAGE
— *conséquences de l'effet déclaratif du* —, 179 et suiv.
— *conséquences de l'effet rétroactif du* —, 205 et suiv.
— *distinction de l'effet déclaratif et de l'effet rétroactif du* —, 175 et suiv.
— *domaine d'application de l'effet déclaratif, quant aux actes mettant fin à l'indivision*, p. 288, note 1.
— *évolution des idées sur la nature du* —, 153 et suiv.
— *nature déclarative du* —, 172 et suiv.
POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU JUGE, p. 75, no 67.

QUOTE-PART INDIVISE, 168 et suiv.

RECONNAISSANCE D'ENFANT NATUREL
— *caractère déclaratif*, 19 et suiv.
— *conséquences de l'effet déclaratif*, 21 et suiv.
— *conséquences de l'effet rétroactif*, 24.
— *théorie de l'effet constitutif*, p. 27, 29 et suiv.
— *théorie de l'*accertamento *en matière de* —, p. 33.
RÉGIME MATRIMONIAL
— *conflit entre le* — *et l'effet déclaratif des actes juridiques* (Communauté, 84, 193).
— (régime dotal, 39, 84, 181, 194.)
RETRAITS
— *caractère acquisitif des* —, 41.
— *droit de préemption et* —, 32, 33.
— *finalité des*—, 31 et suiv.
— *fonction économique des*—, 31, 32.
— *fonction juridique des* —, 31, 32.
— *histoire des* —, 31 et suiv.
— *retrait d'indivision*, p. 49, 56.
— *rétroactivité des* —, 42.
— *technique des* —, 32.
— *théorie déclarative des* — (critique, 34 et suiv.).
— *théorie translative des* — (critique), 40.

RETRAITS (*suite*).
— *retrait litigieux*, p. 49, 56.
— *retrait successoral*, p. 49, 56.
RÉTROACTIVITÉ
— *et déclarativité*, 229 et suiv.
— *notion*, 230 et suiv.
— *fondement*, 236 et suiv.
— *mécanisme*, 240 et suiv.
— *de l'acte déclaratif*, 242 et suiv.
— *subordination de la — de certains actes déclaratifs à la confirmation juridictionnelle de ces derniers*, 15, 149.
RÉVOCATION DES LIBÉRALITÉS
— *nature juridique du jugement prononçant la —*, p. 72.

SÉPARATION DE CORPS
— voir : *Divorce*.
SITUATION CONTENTIEUSE, 62 et suiv.
SITUATION GRACIEUSE, 65 et suiv.

TITRE NOUVEL, 10 et suiv.
TRANSACTION
— *caractère déclaratif*, 132 et suiv.; 135 et suiv.
— *conséquences de l'effet déclaratif de la —*, 140 et suiv.
— *effet rétroactif de la —*, 149 et suiv.
— *évolution des idées sur la —*, 105 et suiv.; 110 et suiv.; 126 et suiv.
— *objet de la —*, 132, 133.
TRANSCRIPTION
— *des actes déclaratifs*, 144, 151, 191; p. 343, note 2

VICES DU CONSENTEMENT
— *déformation de la théorie générale des — dans certains actes déclaratifs*, 146, 186 et suiv.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES [1]

Pages.

INTRODUCTION. 1

1. *L'acte déclaratif dans l'ancien droit.* — **2.** *Formation de la théorie classique au XIX^e siècle.* — **3.** *La notion classique de l'acte déclaratif par nature.* — **4.** *La notion classique de l'acte déclaratif par détermination de la loi.* — **5.** *Perfectionnement de la théorie classique au XX^e siècle.* — **6.** *La théorie classique à l'épreuve de l'évolution des faits et des idées.* — **7.** *Le nœud du problème : les rapports entre les notions de déclarativité et de rétroactivité.* — **8.** *Méthode et plan de l'ouvrage.*

PREMIÈRE PARTIE

LES APPLICATIONS TRADITIONNELLES DU CONCEPT D'ACTE DÉCLARATIF

LIVRE I

LES ACTES DÉCLARATIFS UNILATÉRAUX

CHAPITRE I. — **Les actes récognitifs** 13

SECTION I. — La nature de déclarative de l'acte récognitif. 14

§ 1. — Les effets de l'acte récognitif 15

11. *Effets sur le terrain de la preuve.* — **12.** *Effets sur le fond du droit.*

§ 2. — La nature de l'acte récognitif. 20

13. *Caractère déclaratif de l'acte récognitif.*

SECTION II. — Le régime juridique de l'acte récognitif. . . 22

§ 1. — Les conséquences de l'effet déclaratif entre les parties 22

14. *Inutilité de recourir à la notion de rétroactivité pour expliquer ces conséquences.*

§ 2. — Les conséquences de l'effet déclaratif vis-à-vis des tiers 23

15. *Subordination de l'effet rétroactif à la confirmation juridictionnelle de l'acte récognitif.*

CHAPITRE II. — **La reconnaissance d'enfant naturel** . . 25

§ 1. — La nature déclarative de la reconnaissance. 29

19. *Critique de la théorie constitutive.* — **20.** *Pourquoi la reconnaissance est déclarative.*

1. Les chiffres indiqués dans la marge renvoient aux pages; les chiffres indiqués dans le corps du texte renvoient aux numéros.

Pages.

§ 2. — Le régime juridique de la reconnaissance. . . 34
21, 22, 23. *Conséquences propres de l'effet rétroactif.* — **24.** *Conséquences propres de l'effet rétroactif.*

CHAPITRE III. — **Le dépôt de marque de fabrique.** . . 40

§ 1. — La nature déclarative du dépôt. 42
26. *Critique de la théorie classique et de la théorie constitutive.* — **27.** *Pourquoi le dépôt est déclaratif.*

§ 2. — Le régime juridique du dépôt. 45
28. *L'absence d'effet rétroactif du dépôt.* — **29.** *Conséquences de l'absence d'effet constitutif.* — **30.** *Conséquences des effets du dépôt sur l'efficacité du droit de propriété.*

CHAPITRE IV. — **Les retraits.** 48

SECTION I. — Étude critique de l'application aux retraits de la théorie déclarative. 51

§ 1. — Valeur théorique de la conception déclarative. 51
35. *Valeur de la démonstration d'absence d'effet translatif du retrait.* — **36.** *Valeur de la théorie déclarative déduite,* a contrario, *de l'absence d'effet translatif du retrait.* — **37.** *Valeur de l'argument tiré de l'existence au profit du retrayant d'un droit de propriété sous-jacent.* — **38.** *L'argument tiré de l'existence au profit du retrayant d'un droit d'acquisition préalable.*

§ 2. — Valeur pratique de la théorie déclarative. . . 57
39. *Les abus auxquels conduit la conviction que l'effet rétroactif du retrait repose sur son effet déclaratif.*

SECTION II. — Analyse proposée. 59

§ 1. — La nature du retrait. 59
40. *Le retrait n'est pas translatif.* — **41.** *Le retrait est « acquisitif ».*

§ 2. — Le fondement de l'effet rétroactif du retrait. . 62
42. *Fondement logique et fondement technique de l'effet rétroactif du retrait.*

LIVRE II

LES JUGEMENTS

CHAPITRE I. — **La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs** 68

SECTION I. — La distinction classique. 68

Pages.

§ 1. — Valeur théorique. 68

44. *Critique de la notion classique du jugement déclaratif.* — **45.** *Critique de la notion classique du jugement constitutif.* — **46.** *La distinction classique est théoriquement inexacte.*

§ 2. — Valeur pratique et dogmatique. 78

47. *Impossibilité pratique de donner un régime juridique autonome, soit au jugement dit déclaratif, soit au jugement dit constitutif.* — **48.** *Les entorses à la règle de rétroactivité du jugement déclaratif.* — **49, 50, 51, 52** (suite). — **53.** *Les entorses à la règle de l'effet immédiat du jugement constitutif.* — **54.** *La prétendue autorité absolue des jugements constitutifs.*

SECTION II. — La distinction néo-classique 87

§ 1. — Exposé. 87

56. *Les théories de MM. Guillien et Boyer.*

§ 2. — Critique 89

57. *Objections générales.* — **58.** *Que faut-il penser du caractère administratif attribué par cette théorie aux modifications issues de la décision?* — **59.** *La décision n'est-elle pas juridictionnelle, au même titre que la constatation?* — **60.** *Le jugement gracieux a-t-il réellement un caractère administratif?*

CHAPITRE II. — **La nature déclarative des jugements.** 96

SECTION I. — La notion de juridiction. 96

§ 1. — La situation contentieuse. 97

62. *Qu'est-ce qu'un litige?* — **63.** *Nécessité d'adopter une conception substantielle du litige.* — **64.** *Le fondement du recours à la justice.*

§ 2. — La situation gracieuse 101

65. *Les éléments caractéristiques de la situation gracieuse.* — **66.** *Premier élément : la suppression par la loi de la libre appréciation des conditions d'existence d'un droit.* — **67.** *Deuxième élément : la suppression par la loi de la libre appréciation de l'opportunité d'exercer un droit.* — **68.** *Le fondement de la situation gracieuse et de la situation contentieuse.* — **70.** *Définition de la fonction juridictionnelle et application de cette définition à la fonction gracieuse comme à la fonction contentieuse.*

Pages.

SECTION II. — L'effet déclaratif des jugements. 110

71. *Les deux aspects complémentaires de l'effet déclaratif : l'absence d'effet constitutif et la restitution de l'efficacité à un droit préexistant entravé juridiquement ou matériellement dans son exercice.* — **72.** *Opportunité de substituer à la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs la distinction des jugements déclaratifs-indicatifs et des jugements déclaratifs-impératifs.*

§ 1. — Les jugements déclaratifs « indicatifs ». . . . 113

73. *L'élément révélateur et primordial.* — **74.** *L'élément coercitif et secondaire.*

§ 2. — Les jugements déclaratifs « impératifs » 117

75. *L'élément coercitif et primordial ; l'élément révélateur et secondaire.* — **76.** *Les effets de l'élément révélateur sont-ils les mêmes que dans le jugement indicatif?*

CHAPITRE III. — **Le régime juridique des jugements** . . 124

77. *La confusion traditionnelle entre l'effet déclaratif et l'effet rétroactif.* — **78.** *Les dangers de cette confusion.* — **79.** *La mesure de la liaison et de l'indépendance des deux concepts.*

SECTION I. — Les conséquences de l'effet déclaratif. 127

SOUS-SECTION I. — Les conséquences de l'effet déclaratif des jugements « indicatifs ». 128

§ 1. — Les effets propres du droit préexistant se produisent au jour de sa naissance. 129

81. *Créance d'indemnité et confiscation générale des biens du débiteur.* — **82.** *Créance d'indemnité et concordat de faillite du débiteur.* — **83.** *Créance d'indemnité et fusion de sociétés.* — **84.** *Créance d'indemnité et régime matrimonial.* — **85.** *Sort des actes conservatoires accomplis par le créancier avant le jugement.* — **86.** *Date de naissance de la créance d'aliments.* — **87.** *...de la créance de salaire.* — **88.** *La servitude de passage en cas d'enclave existe-t-elle de plein droit?*

§ 2. — Les effets propres du jugement se produisent à sa date. 135

90. *Point de départ des intérêts moratoires d'une créance d'indemnité.* — **91.** *Date de l'évaluation du préjudice.* — **92.** *Le jugement de compensation.* — **93.** *Date d'efficacité de l'hypothèque judiciaire.*

Pages.

SOUS-SECTION II. — Les conséquences de l'effet déclaratif des jugements « impératifs ». 139

94. *Les effets du jugement se produisent à sa date.* — **95.** *La dissolution de certains rapports juridiques.* — **96.** *Les incapacités et les déchéances.* — **97.** *Les exceptions apparentes à ces principes.* — **98.** *Explication de ces exceptions.*

SECTION II. — Les conséquences de l'effet rétroactif. . . . 143

§ 1. — Dans quelle mesure les jugements ont-ils un effet rétroactif. 143

99. *Exposé et critique de la thèse qui nie l'effet rétroactif des jugements.*

§ 2. — Le fondement et le mécanisme de l'effet rétroactif. 145

100. *Le fondement technique et le fondement logique de l'effet rétroactif.* — **101.** *Les éléments de mise en œuvre du mécanisme de l'effet rétroactif.* — **102.** *La discrimination chronologique des actes soumis à l'effet rétroactif.* — **103.** *La discrimination économique des actes soumis à l'effet rétroactif.*

LIVRE III

LES ACTES DÉCLARATIFS BILATÉRAUX OU PLURILATÉRAUX

TITRE I

La transaction.

CHAPITRE I. — **L'évolution des idées sur la transaction.** 153

SECTION I. — La théorie classique de l'effet déclaratif. . . . 153

§ 1. — Le fondement exégétique de la théorie classique. 154

106. *L'argument tiré de l'article 2052 C c.* — **107.** *L'argument tiré de la loi du 22 frimaire an VII.* — **108.** *L'argument historique.*

§ 2. — Le fondement logique de la théorie classique . 156

109. *L'analyse de l'intention des parties.*

SECTION II. — Les réactions doctrinales contre la théorie classique 158

Pages.

Sous-Section I. — La critique empirique 158
§ 1. — Les conséquences de la théorie déclarative sont néfastes. 158
110. *La transaction ne peut constituer un juste titre.* — **111.** *Elle ne permet pas de se servir des titres du cocontractant.* — **112.** *Elle devrait être, en pure logique, rétroactive.*
§ 2. — La théorie déclarative est dépassée par les faits. 161
113. *La transaction est soumise à l'action paulienne.* — **114.** *... et à la résolution pour inexécution.* — **115.** *... et au retrait litigieux.*
Sous-Section II. — La critique scientifique 164
§ 1. — Le rejet partiel de la déclarativité : la théorie de la fiction. 164
116. *Les principaux partisans de la fiction.* — **117.** *Exposé de la théorie de M. Desserteaux.* — **118.** *Critique de la théorie de M. Desserteaux.*
§ 2. — Le rejet total de la déclarativité : la théorie translative. 168
119. *Les arguments critiques : l'immoralité de la théorie déclarative.* — **120.** ... suite : *la théorie déclarative est contraire à l'intention des parties.* — **121.** ... suite : *la portée de l'article 2052 n'est pas celle que lui attribue la théorie déclarative.* — **122.** *Réfutation de ces arguments critiques.* — **123.** *Les arguments constructifs : la théorie de M. Chevallier.* — **124.** *Critique de cette théorie.*
Section III. — La revision de la théorie classique : la théorie néo-classique 175
§ 1. — L'objet des obligations des parties 176
127. *Les parties renoncent au droit d'action.* — **128.** *L'autonomie du droit d'action.* — **129.** *La nature du droit d'action.*
§ 2. — Pourquoi la transaction est déclarative. . . . 178
130. *Le triple effet — négatif, extinctif et libératoire — de la transaction.* — **131.** *Mérites et insuffisances de cette conception. Nécessité de conserver intactes les données classiques.*

CHAPITRE II. — **La nature déclarative de la transaction.** 181

Section I. — L'objet de la transaction. 181
§ 1. — L'élément objectif : une situation contentieuse 181
132. *Nécessité d'une « res litigiosa ». — Définition de l'élément litigieux de la transaction et de ses conséquences.*

Pages.

§ 2. — L'élément subjectif : une situation douteuse. 185
133. *Nécessité d'une « res dubia ».* — **134.** *Il faut que le droit en litige soit douteux dans l'esprit de la partie qui transige.*

SECTION II. — L'effet déclaratif de la transaction. 188

§ 1. — Le résultat juridictionnel. 189
136. *La transaction met en lumière une probabilité juridictionnelle prévue par les parties.* — **137.** *Le résultat quasi-juridictionnel est obtenu à l'aide d'une reconnaissance abstraite.*

§ 2. — Le processus conventionnel. 191
138. *Les sacrifices réciproques et leur signification juridique.*

CHAPITRE III. — **Le régime juridique de la transaction.** 192

SECTION I. — Les conséquences de l'effet déclaratif. 192

§ 1. — Conséquences de l'absence d'effet translatif. . 194
140. *Impossibilité d'invoquer la transaction comme juste titre.* — **141.** *Le cercle vicieux de Mourlon et sa rupture possible.* — **142.** *Le rayonnement de la transaction vis-à-vis des tiers.* — **143.** *La transaction n'entraîne pas de novation.*

§ 2. — Conséquences de l'effet positif de la transaction sur l'efficacité du droit préexistant. 198
144. *La transcription de la transaction.* — **145.** *Les conditions de capacité pour transiger.* — **146.** *La déformation de la théorie des vices du consentement.* — **147.** *La résolution pour inexécution.* — **148.** *Le régime fiscal de la transaction.*

SECTION II. — Le problème de l'effet rétroactif de la transaction. 201

§ 1. — La subordination de l'effet rétroactif de la transaction à la confirmation juridictionnelle de cette dernière. 202
150. *L'effet relatif de la transaction s'oppose en principe à son effet rétroactif, mais ce dernier jouera si un jugement confirme, indirectement, l'exactitude du rapport juridique reconnu dans la transaction.*

§ 2. — Le rôle de la transcription de la transaction dans la solution des conflits de droits. . . . 204
151. *La transcription est-elle incompatible avec l'effet rétroactif ? Quelle peut-être son utilité propre ?*

TITRE II

Le partage.

Pages.

CHAPITRE I. — **L'évolution des idées sur le partage.** . . . 208

SECTION I. — Le rejet partiel de la déclarativité (1804-1908). 208

§ 1. — Les fondements théoriques de l'interprétation restrictive de l'article 883. 210

1. La théorie d'Aubry et Rau. 210

155. *Exposé.* — **156.** *Critique.*

2. La théorie de la fiction. 213

157. *Exposé.* — **158.** *Critique.* — **159.** *La critique de la méthode exégétique à la fin du XIX^e siècle et la nécessité de trouver un critère pratique de l'interprétation restrictive.*

§ 2. — Le critère pratique de l'interprétation restrictive : la théorie de M. Desserteaux. 218

160. *La méthode et les résultats de M. Desserteaux.* — **161.** *Critique de la théorie de M. Desserteaux.*

SECTION II. — Le rejet total de la déclarativité (fin du XIX^e siècle à nos jours). 221

§ 1. — L'élimination de l'effet déclaratif « de lege ferenda ». 223

163. *La théorie néo-classique de l'effet translatif.* — **164.** *Critique.*

§ 2. — L'élimination de l'effet déclaratif dans le cadre de l'article 883. 225

165. *Les idées communes à MM. Chevallier, Le Balle et Veroone.* — **166.** *Le système de M. Chevallier : l'inopposabilité ; critique.* — **167.** *Le système de M. Le Balle : l'indisponibilité individuelle de la masse indivise.*

CHAPITRE II. — **La nature déclarative du partage.** . . . 232

§ 1. — La quote part indivise. 233

168. *L'activité matérielle permise au copropriétaire.* — **169.** *L'activité juridique.* — **170.** *La quote-part est un droit réel.* — **171.** *La quote part est un droit de propriété dont l'objet est matériellement indéterminé.*

§ 2. — L'effet déclaratif du partage. 237

172. *Critique de l'idée d'effet extinctif du partage.* — **173.** *Le partage est une opération de bornage.* — **174.** *Synthèse entre l'effet déterminatif et l'effet déclaratif.*

Pages.

CHAPITRE III. — **Le régime juridique du partage.** . . 243

SECTION I. — Les rapports entre les concepts d'effet déclaratif et d'effet rétroactif du partage . . . 243

175. *La confusion traditionnelle entre les deux concepts.* — **176.** *La mesure de leur indépendance.* — **177.** *La mesure de leur liaison.*

SECTION II. — Les conséquences de l'effet déclaratif. . . . 249

SOUS-SECTION I. — Les conséquences de l'effet déclaratif à l'égard des parties. 249

§ 1. — La soustraction du partage au régime des actes translatifs. 249

179. *Il ne constitue pas un juste titre.* — **180.** *Il n'offre pas de prise au retrait.* — **181.** *Il peut être accompli par la femme dotale, ou par le failli pendant la période suspecte.* — **182.** *Il échappe au régime de l'autorisation administrative exigée pour certaines mutations.* — **183.** *Il a un régime fiscal autonome.*

§ 2. — Le particularisme du régime juridique du partage 252

184. *Il requiert des conditions de capacité spéciales.* — **185.** *Il requiert des parties une bonne foi renforcée.* — **186.** *La déformation de la théorie des vices du consentement dans le partage.* — **187.** *La garantie a dans le partage un fondement autonome.* — **188.** *... ainsi que le privilège du copartageant.* — **189.** *La résolution pour inexécution.* — **190.** *Une application justifiée et apparente de la théorie translative* **191.** *La transcription du partage.*

SOUS-SECTION II. — Les conséquences de l'effet déclaratif à l'égard des tiers. 261

§ 1. — La portée absolue de l'effet déclaratif. . . . 262

193. *Effet déclaratif du partage et communauté conjugale.* — **194.** *Effet déclaratif du partage et créanciers de la femme dotale.* — **195.** *Effet déclaratif du partage et créanciers du failli.* — **196.** *Effet déclaratif du partage et créanciers hypothécaires des copartageants.* — **197.** *Effet déclaratif du partage et dommages de guerre.* — **198.** *Effet déclaratif du partage et locataire d'un immeuble indivis.* — **199.** *Effet déclaratif du partage et droit de retour de l'ascendant donateur.* — **200.** *Effet déclaratif du partage et prescription en cours.*

Pages.

§ 2. — La portée relative de l'effet déclaratif. . . . 281
201. *Effet déclaratif du partage et validité d'apport en société.* — **202.** *Effet déclaratif du partage et éléments constitutifs du délit de vol.* — **203.** *Effet déclaratif du partage et déchéance du bénéfice d'inventaire.* — **204.** *Effet déclaratif du partage et conflits de lois dans le temps.*

SECTION III. — Les conséquences de l'effet rétroactif. 285
205. *Nécessité de limiter le fonctionnement de cet effet rétroactif pour permettre l'organisation de l'indivision.* — **206.** *Le sort des actes de disposition.* — **207.** *Le sort des actes d'administration.*

DEUXIÈME PARTIE

LES CARACTÈRES SPÉCIFIQUES DE L'ACTE DÉCLARATIF

TITRE I

La notion d'acte déclaratif.

CHAPITRE I. — **L'objet de l'acte déclaratif** 291

§ 1. — Un droit préexistant. 291
209. *La préexistence du droit doit-elle être certaine?* — **210.** *Le droit préexistant doit-il être doté de tous ses éléments constitutifs?*

§ 2. — Un droit inefficace 295
211. *Nécessité de préciser la source de l'inefficacité* — **212.** *La source de l'inefficacité réside-t-elle dans l'existence d'un droit antagoniste?* — **213.** *L'inefficacité pratique ou matérielle.* — **214.** *...L'incertitude du droit.* — **215.** *...L'indétermination du droit.* — **216.** *L'inefficacité juridique.* — **217.** *...L'inefficacité provenant de la volonté du législateur.* — **218.** *...L'inefficacité provenant de l'infirmité naturelle du droit.*

CHAPITRE II. — **La fonction juridique de l'acte déclaratif.** 301
219. *Définition de l'acte déclaratif.* — **220.** *La fonction réparatrice de l'acte déclaratif.* — **221.** *La fonction révélatrice de l'acte déclaratif.*

§ 1. — Les actes déclaratifs « indicatifs ». 307
1. — La technique récognitive. 308
223. *Ses conditions d'application.*
2. — La technique déterminative. . . . 309
224. *Ses conditions d'application.*

Pages.

§ 2. — Les actes déclaratifs « impératifs ». 310
1. — Le procédé de l'ordre. 310
226. *Ses conditions d'application.*
2. — Le procédé de la confirmation. . . 311
227. *Ses conditions d'application.*

TITRE II

Les effets de l'acte déclaratif.

(Les rapports entre les concepts de déclarativité et de rétroactivité.)

CHAPITRE I. — **La notion de rétroactivité**. 317
SECTION I. — La conception classique de la rétroactivité. . 317
§ 1. — Exposé 317
1. — L'aspect technique de la rétroactivité. 317
230. *Division.* — **231.** *La rétroactivité consolidatrice.* — **232.** *La rétroactivité destructrice.*
2. — L'aspect dogmatique de la rétroactivité. 319
233. *La supposition d'antidate et la fiction.*
§ 2. — Critique. 321
234. *Valeur théorique de la notion de rétroactivité dogmatique.*
235. *Valeur pratique de la notion de rétroactivité dogmatique.*
SECTION II. — Théorie proposée. 323
§ 1. — Le fondement de l'effet rétroactif 323
1. — Le fondement technique 323
237. *L'absence d'effet translatif des actes rétroactifs.*
2. — Le fondement logique 325
238. *Sans l'effet rétroactif certains actes juridiques ne parviendraient pas à produire leurs effets.*
§ 2. — Le mécanisme de l'effet rétroactif. 327
240. *Distinction de l'effet rétroactif et de l'antidate.*
241. *Conciliation du fonctionnement de l'effet rétroactif avec le respect dû à la situation antérieure.*

CHAPITRE II. — **La rétroactivité de l'acte déclaratif** . . 331
SECTION I. — La date des effets de l'acte déclaratif. . . . 334
§ 1. — Le droit déclaré produit ses effets propres au jour de sa naissance 334

Pages.

§ 2. — Les effets propres de l'acte déclaratif se produisent à sa date. 336

SECTION II. — L'effet rétroactif de l'acte déclaratif 338

§ 1. — Le fondement de l'effet rétroactif de l'acte déclaratif. 340

§ 2. — Le mécanisme de l'effet rétroactif de l'acte déclaratif. 341

252. *Discrimination chronologique des actes soumis à l'effet rétroactif.*

253. *Discrimination économique et juridique des actes soumis à l'effet rétroactif.*

CONCLUSION 347

BIBLIOGRAPHIE. 350

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES. 359

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES 363

BERGER-LEVRAULT, NANCY. — 10128-4-49
DÉPOT LÉGAL : 2e TRIMESTRE 1949